المُقنِع

لموفَّق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قُدامة المقدسيّ

٥٤١ - ٦٢٠هـ

و :

الشَّرحُ الكبيرُ

لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ

٥٩٧ - ٦٨٢هـ

ومعهما :

الإنصَاف

في معْرفةِ الراجحِ مِنَ الخِلَافِ

لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المَرْداويّ

٨١٧ - ٨٨٥هـ

تحقيق

الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي

الجزء العشرون

النكاح

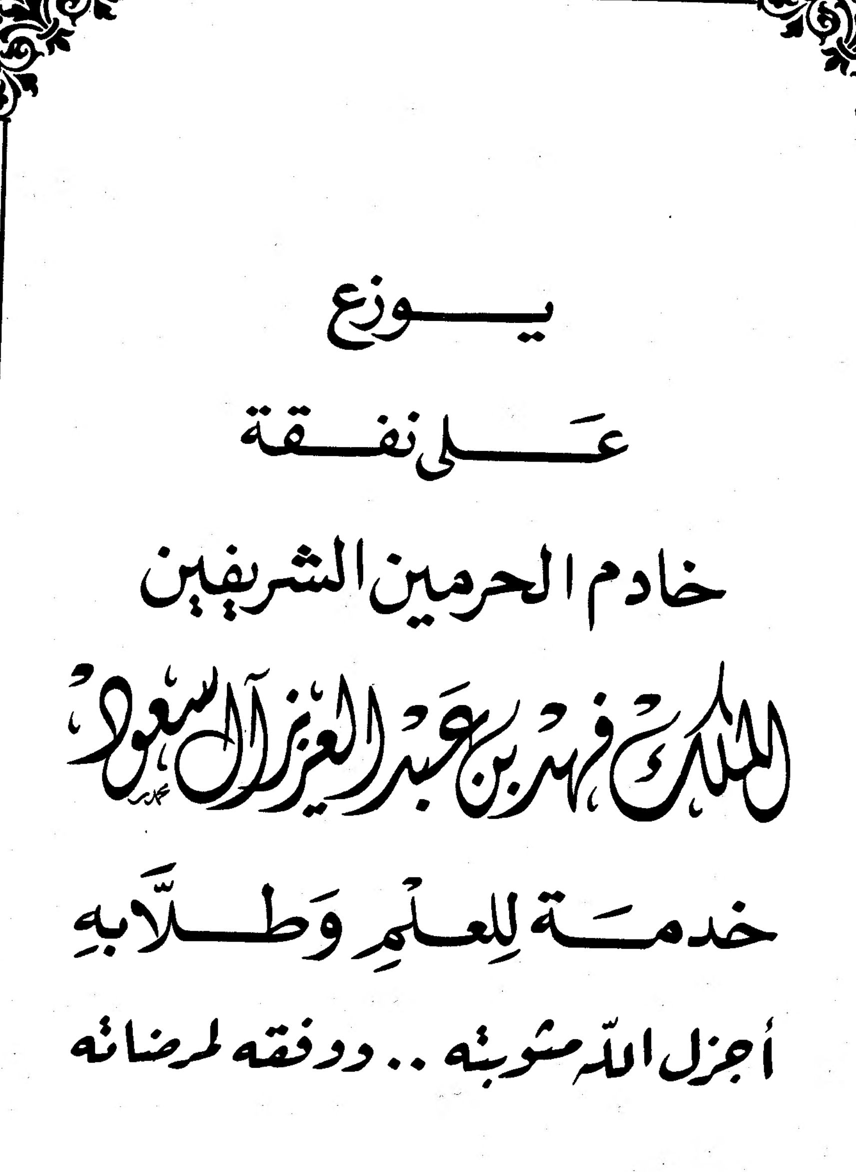
أركانه - المحرمات في النكاح - الشروط في النكاح

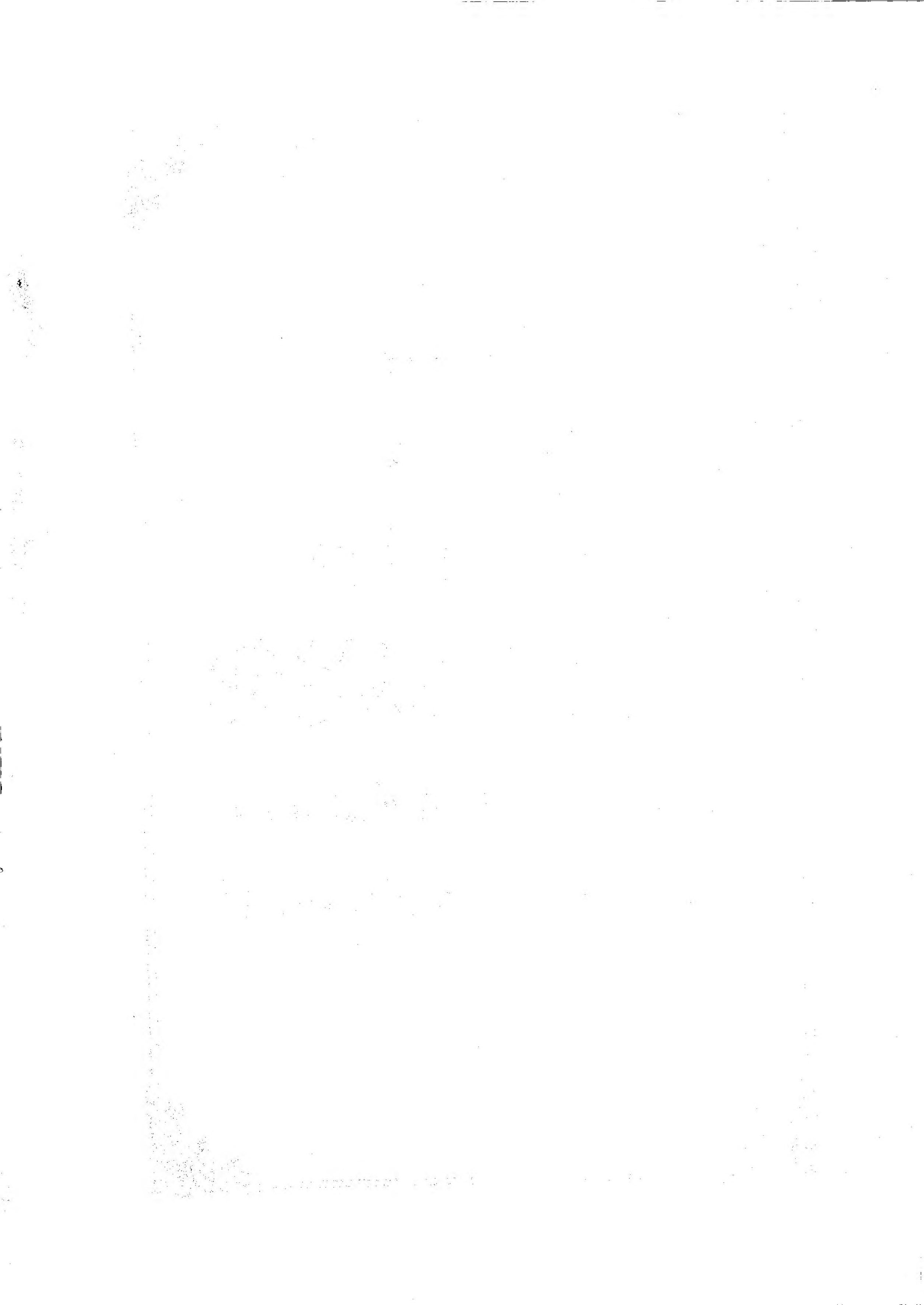
هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

الطبعة الأولى
١٤١٦هـ = ١٩٩٦ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة
☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦
المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل
أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣
ص . ب ٦٣ إمبابة


يــــوزع
عـــلى نفـــقة
خادم الحرمين الشريفين
الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود
خدمـــة للعلم وطـــلابه
أجزل الله مثوبته .. ووفقه لمرضاته



بسم الله الرحمن الرحيم

المقنع

كِتَابُ النِّكَاحِ

. . . .

الشرح الكبير

كتابُ النِّكاحِ

النِّكاحُ فى الشَّرْعِ عَقْدُ التَّزْويجِ ، فعندَ إطْلاقِ لَفْظِه يَنْصرِفُ إليه ، ما لم يَصرِفْه عنه دَلِيلٌ . وقال القاضى : الأَشْبَهُ بأَصْلِنَا أنَّه حَقِيقَةٌ فى العَقْدِ والوَطْءِ جميعًا ؛ لقَولِنا[1] بتَحْرِيمِ مَوْطُوءَةِ الأبِ مِن غيرِ تَزويجٍ . استِدْلالًا بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[2] . وقيلَ : بل هو حَقِيقَةٌ فى الوَطْءِ ، مَجازٌ فى العَقْدِ ، تقولُ العربُ : أنْكَحْنا الْفِرَا ، فسنَرَى . أى أضْرَبْنا فَحْلَ حُمُرِ الوَحْشِ

الإنصاف

[١/٣ ظ] كِتابُ النِّكاحِ

فائدتان ؛ إحْداهما ، النِّكاحُ له مَعْنَيان ؛ مَعْنًى فى اللُّغَةِ ، ومَعْنًى فى الشَّرْعِ . فمَعْناه فى اللُّغَةِ ، الوَطْءُ . قالَه الأَزْهَرِىُّ[3] . وقيل للتَّزْويجِ : نِكاحٌ ؛ لأنَّه سبَبُ الوَطْءِ . قال أبو عُمَرَ غُلامُ ثَعْلَبٍ[4] : الذى حَصَّلْناه عن ثَعْلَبٍ عن الكُوفِيِّين ، والمُبَرِّدِ عن البَصْرِيِّين ، أنَّ النِّكاحَ فى أصْلِ اللُّغَةِ هو اسْمٌ للجَمْعِ بينَ الشَّيْئَين ، قال الشَّاعِرُ[5] :

---

(١) فى الأصل : « كقولنا » .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

(٣) فى تهذيب اللغة ٤/١٠٣ .

(٤) فى الأصول ، ا : « أبو عمرو » . خطأ : وهو محمد بن عبد الواحد بن أبى هاشم البغدادى ، الزاهد ، أبو عمر ، المعروف بغلام ثعلب . إمام علامة لغوى محدث . توفى سنة خمس وأربعين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٥/٥٠٨ - ٥١٣ .

(٥) البيت لعمر بن أبى ربيعة فى شرح ديوانه ٥٠٣ .

الشرح الكبير

أُمَّه[1] ، فسَنَرَى ما يَتَوَلَّدُ منهما[2] . يُضْرَبُ مَثَلًا للأمْرِ يَجْتَمِعون عليه ، ثم يَتَفَرَّقونَ عنه[3] . قال الشاعرُ : [٧٧/٦و]

ومِن أَيِّمٍ قد أنْكَحَتْنا رِمَاحُنا[4] وأُخْرَى على خالٍ وعَمٍّ تَلَهَّفُ

قال شيخُنا[5] : والصَّحيحُ ما قُلْنا ؛ لأنَّ الأشْهَرَ استِعمالُ لَفْظَةِ النِّكاحِ بإزاءِ العَقْدِ فى الكِتابِ والسُّنَّةِ ولسانِ أهلِ العُرْفِ . وقد قِيلَ : ليس فى الكتابِ لَفْظُ نِكاحٍ بمَعْنَى الوَطْءِ إلَّا قولُه : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[6] . ولأنَّه يَصِحُّ نَفْيُه عن الوَطْءِ ؛ لأنَّه يُقالُ : هذا سِفَاحٌ وليس

الإنصاف

أَيُّها المُنْكِحُ الثُّرَيَّا سُهَيْلًا عَمْرَكَ اللهَ ، كيف يجْتَمِعان ؟

وقال الجَوْهَرِىُّ[7] : النِّكاحُ الوَطْءُ ، وقد يكونُ العَقْدَ . ونَكَحْتُها و نَكَحَتْ هى أى تَزَوَّجت . وعنِ الزَّجَّاجِ[8] : النِّكاحُ فى كلامِ العرَبِ بمَعْنَى الوَطْءِ والعَقْدِ جميعًا . ومَوْضِعُ نكَح فى كلامِهم ؛ لُزومُ الشَّىْءِ الشَّىءَ راكِبًا عليه . قال ابنُ جِنِّىٍّ[9] : سأَلْتُ أبا علِىٍّ الفارِسِىَّ عن قوْلِهم : نكَحَها . فقالَ : فرَّقَتِ العرَبُ فَرْقًا

---

(١) فى الأصل : « أمته » .
(٢) فى الأصل : « منها » .
(٣) مجمع الأمثال ٣٧٦/٣ .
(٤) فى م : « رماحها » .
(٥) فى : المغنى ٣٣٩/٩ .
(٦) سورة البقرة ٢٣٠ .
(٧) فى الصحاح : ٤١٣/١ .
(٨) هو إبراهيم بن محمد بن السرى البغدادى ، الزجاج ، أبو إسحاق ، الإمام النحوى العلامة ، صاحب كتاب « معانى القرآن » . توفى سنة إحدى عشرة وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ٣٦٠/١٤ .
(٩) هو عثمان بن جنى الموصلى ، أبو الفتح ، إمام العربية ، وصاحب التصانيف منها « الخصائص » ، و « المحتسب فى الشواذ » . توفى سنة اثنتين وتسعين وثلاثمائة . سير أعلام النبلاء ١٧/١٧ - ١٩ .

الشرح الكبير

بنِكاحٍ . ويُرْوَى عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ »[1] . ويُقال عن السُّرِّيَّةِ : ليست بزَوْجَةٍ ولا مَنْكُوحَةٍ . ولأنَّ النِّكاحَ أحَدُ اللَّفْظَيْن اللَّذَيْن يَنْعَقِدُ بهما عَقْدُ النِّكاحِ ، فكان حقيقةً فيه ، كاللَّفْظِ الآخرِ . وما ذَكَرَه القاضي يُفْضِي إلى كَونِ اللَّفظِ مُشْتَرَكًا ، وهو على خِلافِ الأصْلِ ، وما ذَكَرَه الآخَرون يَدُلُّ على الاسْتِعْمالِ فى الجُمْلَةِ ، والاستعمالُ فيما قُلْنا أكثرُ وأشهَرُ ، ثم لو قُدِّرَ كَوْنُه مَجازًا فى العَقْدِ ، لَكان اسْمًا عُرْفِيًّا يَجبُ صَرْفُ اللفظِ إليه عندَ الإطْلاقِ ؛ لشُهْرَتِه ، كسائِرِ الأسماءِ العُرْفِيَّةِ .

الإنصاف

لطِيفًا يُعْرَفُ به مَوْضِعُ العَقْدِ مِنَ الوَطْءِ ؛ فإذا قالوا : نكَح فُلانَةً . أو : بِنْتَ فُلانٍ . أرادُوا تَزْويجَها والعَقْدَ عليها ، وإذا قالُوا : نكَح امْرأَتَه . لم يُرِيدُوا إلَّا المُجامعَةَ ؛ لأنَّ بذِكْرِ امْرأَتِه وزَوْجَتِه يُسْتَغْنَى عن العَقْدِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : فظاهِرُه الاشْتِراكُ ، كالذى قبلَه وأنَّ القَرِينَةَ تُغْنِى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : مَعْناه فى اللُّغَةِ ، الجَمْعُ والضَّمُّ على أتَمِّ الوُجوهِ ؛ فإنْ كان اجْتِماعًا بالأبْدانِ ، فهو الإيلاجُ الذى ليس بعدَه غايَةٌ فى اجْتِماعِ البَدَنَيْن . وإنْ كان اجْتِماعًا بالعُقودِ ، فهو الجمعُ بينَهما على الدَّوامِ واللُّزومِ . ولهذا يُقالُ : اسْتَنْكَحَه المَذْىُ . إذا لازَمَه وداوَمَه . انتهى . ومَعْناه فى الشَّرْعِ ، عَقْدُ التَّزْويجِ . فهو حَقِيقَةٌ فى العَقْدِ مَجازٌ فى الوَطْءِ . على الصَّحيحِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ البَنَّا ، والقاضى فى « التَّعْليقِ » . فى كَوْنِ المُحْرِمِ لايَنْكِحُ – لمَّا قيلَ له : إنَّ النِّكاحَ حَقِيقةٌ فى الوَطْءِ . فقالَ : إنْ

---

(1) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٩٠ . وعزاه الهيثمى إلى الطبرانى فى الأوسط . مجمع الزوائد ٨/٢١٤ .

الشرح الكبير

فصل : والأصلُ فى مَشْرُوعِيَّتِه الكتابُ والسُّنَّةُ والإجْماعُ ؛ أمَّا الكتابُ فقولُه تعالى : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[1] . وقولُه : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾[2] . وأمَّا السُّنَّةُ فقولُ النبىِّ ﷺ : « يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فلْيَتزَوَّجْ ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ ، وأَحْصَنُ للفَرْجِ ، ومَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ

الإنصاف

كان فى اللُّغَةِ حَقِيقةً فى الوَطْءِ فهو فى عُرْفِ الشَّرْعِ للعَقْدِ - قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وجزَم به الحَلْوانِىُّ ، وأبو يعْلَى الصَّغيرُ . قالَه فى « الفروعِ » . قال الحَلْوانِىُّ : هو فى الشَّريعَةِ عبارَةٌ عن العَقْدِ بأوْصافِه ، وفى اللُّغَةِ عبارَةٌ عن الجَمْعِ ؛ وهو الوَطْءُ . قال ابنُ عَقِيلٍ : الصَّحيحُ أنَّه مَوْضِعٌ للجَمْعِ ، وهو فى الشَّريعةِ فى العَقْدِ أظْهَرُ اسْتِكْمالًا ، ولا نقولُ : إنَّه مَنْقولٌ . نقَلَه ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى تعْليقِه على « المُحَرَّرِ » . وقدَّمه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » ، وصاحِبُ « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » ؛ وذلك لأنَّه أشْهَرُ فى الكِتابِ والسُّنَّةِ ، وليس فى الكِتابِ لَفْظُ النِّكاحِ بمعْنى الوَطْءِ ، إلَّا فى قوْلِه تعالَى : ﴿ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[3] . على المَشْهُورِ . ولصِحَّةِ نفْيِه عنِ الوَطْءِ ؛ فيُقالُ : هذا سِفاحٌ وليس بِنِكاحٍ . وصِحَّةُ النَّفْىِ دَليلُ المَجازِ . وقيل : هو حَقيقةٌ فى الوَطْءِ ، مَجازٌ فى العَقْدِ . اخْتارَه القاضى فى « أحْكامِ القُرْآنِ » ، و « شَرْحِ الخِرَقِىِّ » ، و « العُـدَّةِ »[4] ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، وصاحِبُ « عُيونِ المَسائلِ » ، وأبو يعْلَى الصَّغِيرُ . قالَه

(١) سورة النساء ٣ .

(٢) سورة النور ٣٢ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٠ .

(٤) فى الأصل ، ا : « العمدة » .

الشرح الكبير

(1)فعليه بالصَّوْمِ ، فإنَّه(1) لَهُ وِجَاءٌ » . مُتَّفَقٌ عليه(2) . وقال عليه السَّلامُ : « إنِّى أَتزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِى فَلَيْسَ مِنِّى »(3) . وقال

الإنصاف

الزَّرْكَشِىُّ ، وابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ ، لِما تقدَّم عنِ الأزْهَرِىِّ وغُلامِ ثَعْلَبٍ . والأَصْلُ عدَمُ النَّقْلِ . قال أبو الخَطَّابِ : وتحْريمُ مَن عقَد عليها الأبُ اسْتفَدْناه مِنَ الإجْماعِ والسُّنَّةِ ، وهو بالإجْماعِ القَطْعِىُّ فى الْجُمْلَةِ . وقيل : هو مُشْتَرَكٌ . يعْنِى أنَّه حَقِيقةٌ فى كلِّ واحدٍ منهما بانْفِرادِه . وعليه الأكْثَرُ . قال فى « الفُروعِ » : والأشْهَرُ أنَّه مُشْتَرَكٌ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، و « الجامعِ الكَبيرِ » . قال ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ : الأشْبَهُ بأُصُولِنا ومذهبِنا أنَّه حَقيقةٌ فى العَقْدِ والوَطْءِ جميعًا فى الشَّريعَةِ ؛ لقَوْلِنا بتَحْريمِ مَوْطُوءَةِ الأبِ مِن غيرِ تزْويجٍ ؛ لدُخولِها

(1 - 1) فى الأصل : « فليصم فإن الصوم » .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة ، من كتاب الصوم ، وفى : باب قول النبى ﷺ : من استطاع منكم الباءة فليتزوج ... ، وباب من لم يستطع الباءة فليصم ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣ / ٣٤ ، ٧/٣ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠١٨ ، ١٠١٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب التحريض على النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى يعقوب ... ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٢ . والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٣٧٨ ، ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤٧ .

(3) أخرجه البخارى ، فى : باب الترغيب فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٠/٢ . والنسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٠/٦ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٣/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٥٨/٢ ، ٢٤١/٣ ، ٢٥٩ ، ٢٨٥ ، ٤٠٩/٥ .

الشرح الكبير

سعدٌ : رَدَّ رسولُ اللهِ ﷺ على عثمانَ بنِ مَظْعونٍ التَّبَتُّلَ ، ولو أَذِنَ له لاخْتَصَيْنا . مُتَّفَقٌ عليه[1] . والتَّبَتُّلُ تَرْكُ النِّكاحِ . وأجْمَعَ المسلمونَ على أنَّ النِّكاحَ مَشْرُوعٌ .

الإنصاف

فى قوْلِه تعالَى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[2] . وذلك لوُرودِها فى الكِتابِ العَزيزِ . والأصْلُ فى الإطْلاقِ الحقيقةُ . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ : قال أبو الحُسَيْنِ : النِّكاحُ عندَ أحمدَ حقيقةٌ فى الوَطْءِ والعَقْدِ جميعًا . وقالَه أبو حَكِيمٍ . وجزَم به ناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وهو منها . وقيل : هو حَقيقةٌ فيهما معًا ، فلا يُقالُ : هو حَقيقةٌ على أحَدِهما بانْفِرادِه . بل على مَجْموعِهما ، فهو مِنَ الألْفاظِ المُتَواطِئَةِ . قال ابنُ رَزِينٍ : والأشْبَهُ أنَّه حَقيقةٌ فى كلٍّ واحدٍ باعْتِبارِ مُطْلَقِ الضَّمِّ [٣/٢و] ؛ لأنَّ التَّواطُؤَ خيرٌ مِنَ الاشْتِراكِ والمَجازِ ؛ لأنَّهما على خِلافِ الأصْلِ . انتهى . قال ابنُ هُبَيْرَةَ : وقال مالِكٌ ، وأحمدُ : هو حَقيقةٌ فى العَقْدِ والوَطْءِ جميعًا ، وليس أحدُهما أخَصَّ منه بالآخَرِ . انتهى . مع أنَّ هذا اللَّفْظَ مُحْتَمِلٌ أنْ يُرِيدَ به الاشْتِراكَ . وقال فى « الوَسِيلَةِ » كما قال ابنُ هُبَيْرَةَ ، وذكَر أنَّه عندَ أحمدَ كذلك . انتهى . والفَرْقُ بينَ الاشْتِراكِ والتَّواطُؤِ ، أنَّ الاشْتِراكَ يُقالُ على كلٍّ واحدٍ منهما بانْفرادِه : حقيقةٌ . بخِلافِ المُتَواطِئِ ، فإنَّه لا يُقالُ : حَقيقةٌ . إلَّا عليهما

---

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب مايكره من التبتل والخصاء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/٥ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٢٠ .
كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤ / ٣٠٥ . والنسائى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٤٨ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٧٦ ، ١٨٣ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

المقنع

النِّكَاحُ سُنَّةٌ .

الشرح الكبير

٣٠٥٤ – مسألة : وَ (النِّكَاحُ سُنَّةٌ) لِما ذَكَرْنا مِن أدِلَّةِ الكِتَابِ والسُّنَّةِ ، وأدْناها الاسْتِحْبَابُ .

الإنصاف

مُجْتَمِعَين ، لاغيرُ . واللهُ أعلمُ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هو فى الإِثْباتِ لهما ، وفى النَّهْيِ لكُلٍّ منهما ؛ بناءً على أنه إذا نُهِيَ عن شيءٍ نُهِيَ عن بعضِه ، والأمْرُ به أمْرٌ بكُلِّه ، فى الكِتابِ والسُّنَّةِ والكلامِ ، فإذا قيلَ مثَلًا : انْكِحِ ابنَةَ عَمِّك . كان المُرادُ العَقْدَ والوَطْءَ . وإذا قيل : لاتَنْكِحْها . تناولَ كلَّ واحدٍ منهما . الثَّانيةُ ، قال القاضى : المَعْقودُ عليه فى النِّكاحِ المَنْفَعةُ . أى للانْتِفاعِ بها لا لمِلْكِها . وجزَم به فى « الفُروعِ » . قال القاضى أبو الحُسَيْنِ فى « فُروعِه » : والذى يقْتَضِيه مذهبُنا أنَّ المَعْقودَ عليه فى النِّكاحِ مَنْفعَةُ الاسْتِمْتاعِ ، وأنَّه فى حُكْمِ مَنْفَعَةِ الاسْتِخْدامِ . قال صاحِبُ « الوَسيلَةِ » : المَعْقودُ عليه مَنْفَعَةُ الاسْتِمْتاعِ . وقال القاضى فى « أحْكامِ القُرْآنِ » : المَعْقودُ عليه الحِلُّ لا مِلْكُ المَنْفعَةِ . وقال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والثَّمانِين » : ترَدَّدَتْ عِباراتُ الأصحابِ فى مَوْرِدِ عقْدِ النِّكاحِ ؛ هل هو المِلْكُ أو الاسْتِباحَةُ ؟ فمِن قائلٍ : هو المِلْكُ . ثم ترَدَّدُوا ؛ هل هو مِلْكُ مَنْفعَةِ البُضْعِ ، أو مِلْكُ الانْتِفاعِ بها ؟ وقيل : بل هو الحِلُّ لا المِلْكُ . ولهذا يقَعُ الاسْتِمْتاعُ مِن جِهَةِ الزَّوْجَةِ ، مع أنَّه لامِلْكَ لها . وقيل : بل المَعْقودُ عليه الازْدِواجُ كالمُشارَكَةِ ، ولهذا فرَّق اللهُ سُبْحانَه وتَعالَى بينَ الازْدِواجِ ومِلْكِ اليَمِينِ . وإليه مَيْلُ الشَّيْخِ تَقِيِّ الدِّينِ . فيَكونُ مِن بابِ المُشارَكاتِ لا المُعاوَضاتِ .

قوله : النِّكاحُ سُنَّةٌ . اعْلَمْ أنَّ للأصحابِ فى ضَبْطِ أقْسامِ النِّكاحِ طُرُقًا ، أشْهَرُها وأصَحُّها أنَّ النَّاسَ فى النِّكاحِ على ثَلاثَةِ أقْسامٍ ؛ القِسْمُ الأوَّلُ ، مَن له شَهْوَةٌ ولا

المقنع

. . . .

الشرح الكبير

. . . .

الإنصاف

يخافُ الزِّنَى . فهذا النِّكاحُ فى حَقِّه مُسْتَحَبٌّ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا المَشْهورُ مِنَ الرِّوايتَيْن . قال الشَّارِحُ وغيرُه : هذا المَشْهورُ فى المذهبِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، أنَّه واجِبٌ على الإِطْلاقِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وأبو حَفْصٍ البَرْمَكِيُّ ، وابنُ أبِى مُوسى . وقدَّمه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » ، وهو منها . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وحمَل القاضى الرِّوايَةَ الثَّانيةَ على مَن يخْشَى على نفْسِه مُواقعَةَ المَحْظُورِ بتَرْكِ النِّكاحِ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، أنَّه لا فَرْقَ فى ذلك بينَ الغَنِىِّ والفَقيرِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . نصَّ عليه . نقَل صالِحٌ ، يقْتَرِضُ ويتزَوَّجُ . وجزَم به ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . قال الآمِدِىُّ : يُسْتَحَبُّ فى حقِّ الغَنِىِّ والفَقيرِ ، والعاجزِ والواجِدِ ، والرَّاغِبِ والزَّاهِدِ ، فإنَّ أحمدَ تزَوَّجَ وهو لايجدُ القُوتَ . وقيل : لا يَتزَوَّجُ فقيرٌ إلَّا عندَ الضَّرُورَةِ . وقيَّدَه ابنُ رَزِينٍ فى « مُخْتَصَرِه » بمُوسِرٍ . وجزَم به فى « النَّظْمِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ فى هذه الأزْمِنَةِ . واخْتارَه صاحِبُ « المُبْهِجِ » ، ويأْتِى كلامُه فى تَعْدادِ الطُّرُقِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : فيه نِزاعٌ فى مذهبِ أحمدَ وغيرِه . القِسْمُ الثَّانى ، مَن ليس له شَهْوَةٌ كالعِنِّينِ ، ومَن ذهَبَتْ شَهْوَتُه ؛ لمَرَضٍ أو كِبَرٍ أو غيرِه . فعُمومُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا أنَّه سُنَّةٌ فى حقِّه أيضًا . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم ،

المقنع

وَالِاشْتِغَالُ بِهِ أَفْضَلُ مِنَ التَّخَلِّى لِنَوَافِلِ الْعِبَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى

الشرح الكبير

٣٠٥٥ – مسألة : (وَالاشْتِغَالُ به أفْضَلُ مِن التَّخَلِّى لنَوافِلِ

الإنصاف

وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن ، أو الوَجْهَيْن . واخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » فى بابِ الطَّلاقِ ، و « الخِصالِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « البُلْغَةِ » وغيرِه . والقوْلُ الثَّانِى ، هو فى حقِّهم مُباحٌ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، فى بابِ النِّكاحِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، وابنُ البَنَّا ، وابنُ بَطَّةَ [٢/٣ظ] . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . قال فى « مُنْتَخَبِه » : يُسَنُّ للتَّائقِ . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل : يُكْرَهُ . وما هو ببَعيدٍ فى هذه الأزْمِنَةِ . وحُكِىَ عنه ، يجبُ . وهو وَجْهٌ فى « التَّرْغِيبِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : كلامُ صاحبِ « المُحَرَّرِ » يدُلُّ على أنَّ رِوايَةَ وُجوبِ النِّكاحِ مُنْتَفِيَةٌ فى حقِّ مَن لا شَهْوَةَ له . وكذلك قال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأكْثَرُون . ومِنَ الأصحابِ مَن طرَد فيه رِوايَةَ الوُجوبِ أيضًا . نقلَه صاحِبُ « التَّرْغِيبِ » . وهو مُقْتَضَى إطْلاقِ الأكْثَرِين . ويأْتِى التَّنْبيهُ على ذلك فى تَعْدادِ الطُّرُقِ . القِسْمُ الثالثُ ، مَن خافَ العنَتَ . فالنِّكاحُ فى حقِّ هذا واجِبٌ قوْلًا واحدًا . إلَّا أنَّ ابنَ عَقِيلٍ ذكَر رِوايةً ، أنَّه غيرُ واجِبٍ . ويأْتِى كلامُه فى تَعْدادِ الطُّرُقِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولعَلَّه أرادَ بخَوْفِ العَنَتِ خَوْفَ المَرَضِ أو المَشَقَّةِ ، لا خَوْفَ الزِّنَى ، فإنَّ العَنَتَ يُفَسَّرُ بكُلِّ واحدٍ مِن هذه .

تنبيهات ؛ أحدُها ، العَنَتُ هنا هو الزِّنَى ، على الصَّحيحِ . وقيل : هو الهَلاكُ بالزِّنَى . ذكَرَه فى « المُسْتَوْعِبِ » . الثَّانى ، مُرادُه بقوْلِه : إلَّا أنْ يَخافَ على نفسِه

المقنع نَفْسِهِ مُوَاقَعَةَ الْمَحْظُورِ بِتَرْكِهِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير العِبادَةِ ، إلَّا أن يَخافَ على نَفْسِه مُوَاقَعَةَ المَحْظُورِ بتَرْكِه ، فيَجِبُ) الناسُ فى النِّكاحِ على ثَلاثةِ أضْرُبٍ ؛ أحَدُها ، مَن يَخافُ على نَفْسِه (1)الوُقُوعَ فى(1) المَحْظُورِ إن تَرَك النِّكاحَ ، فهذا يَجِبُ عليه فى قولِ عامَّةِ الفُقهاءِ ؛ لأنَّه يَلْزَمُه إعْفافُ نفسِه ، وصَرْفُها عن الحَرامِ ، وطَرِيقُه النكاحُ . الثانى ، مَن يُسْتَحَبُّ له ، وهو مَن له شَهْوَةٌ يَأْمَنُ معها الوُقُوعَ فى مَحْظُورٍ ، فهذا الاشْتِغالُ له[2] به أفضَلُ مِن التَّخَلِّى لنَوافِلِ العِبادَةِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ ، وظاهِرُ أقوالِ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، وفِعْلُهم . قال ابنُ مسعودٍ : لو لم يَبْقَ مِن أَجَلِى إلَّا عشرةُ أيامٍ ، وأعْلَمُ أنِّى أموتُ فى آخِرِها يَوْمًا ، لِى فيهِنَّ طَوْلُ النِّكاحِ ، لتَزَوَّجْتُ مَخافَةَ الفِتْنَةِ[3] . وقال ابنُ عباسٍ لسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ : تزَوَّجْ ، فإنَّ خيرَ هذه الأُمَّةِ أكثَرُها نِساءً[4] . [٧٧/٦ظ] وقال إبراهيمُ بنُ مَيْسَرَةَ : قال لى طاوسٌ : لَتَنْكِحَنَّ ، أو لأقُولَنَّ لك ما قال عمرُ لأبى الزَّوائِدِ : ما يَمْنَعُكَ عن النِّكاحِ إلَّا عَجْزٌ أو فُجُورٌ[5] . قال أحمدُ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ : ليستِ العُزْبَةُ مِن أمْرِ الإسلامِ فى شىءٍ ، ومَن دَعاك[6] إلى غيرِ التَّزْويجِ ، فقد دَعاك[6] إلى غيرِ

الإنصاف مُواقَعَةَ المَحْظورِ . إذا عَلِمَ وُقوعَ ذلك أو ظَنَّه . قالَه الأصحابُ . وقال فى

(1 - 1) فى م : « مواقعة » .

(2) سقط من : م .

(3) أخرجه سعيد ، فى سننه ١٣٩/١ .

(4) أخرجه البخارى ، فى : باب كثرة النساء ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٤/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٤٣/١ ، ٣٧٠ .

(5) أخرجه سعيد ، فى الموضع السابق .

(6) فى م : « دعا » .

الشرح الكبير

الإِسلامِ ، ولو تزوَّجَ بِشْرٌ[1] كان قد تمَّ أمْرُه . وقال الشافعىُّ[2] : التَّخَلِّى لِعبادَةِ اللهِ أفْضَلُ ؛ لأنَّ اللهَ تعالَى مَدَحَ يَحيى ، عليه السَّلامُ ، بقولِه تعالى : ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾[3] . والحَصُورُ الذى لا يَأْتِى النِّساءَ ، فلو كان النِّكاحُ أفْضَلَ لَما مَدَحَ بتَرْكِه . وقال اللهُ تعالى : ﴿ زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ ٱلشَّهَوَاتِ مِنَ ٱلنِّسَاءِ وَٱلْبَنِينَ ﴾[4] . وهذا فى مَعْرِضِ الذَّمِّ . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فكان الاشْتِغالُ بالعِبادَةِ أفْضَلَ منه ، كالبَيْعِ . ولَنا ، ما تَقدَّمَ مِن أمْرِ اللهِ ورسولِه به ، وحَثِّهِما عليه ، وقولُه عليه الصلاةُ والسلامُ : « لَكِنِّى أَصُومُ وَأُفْطِرُ ، وأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِى فَلَيْسَ مِنِّى » . وقولُ سعدٍ : لقد رَدَّ رسولُ اللهِ ﷺ على عثمانَ بنِ مَظْعُونٍ التَّبَتُّلَ ، ولو أَذِنَ[5] له لَاخْتَصَيْنَا . مُتَّفَقٌ عليهما . وعن أنسٍ قال : كان رسولُ اللهِ ﷺ يَأْمُرُ بالباءَةِ ، ويَنهَى عن التَّبَتُّلِ نَهْيًا شَديدًا ، ويقولُ : « تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ ، فَإِنِّى مُكَاثِرٌ بِكُمُ الأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَواه سعيدٌ[6] . وهذا حَثٌّ على النِّكاحِ شَدِيدٌ ، ووَعِيدٌ على تَرْكِه ، يُقَرِّبُه إلى الوُجوبِ ،

الإنصاف

« الفُروعِ » : ويتوَجَّه ، إذا عَلِمَ وُقوعَه فقط . الثَّالثُ ، هذه الأقْسامُ الثَّلاثَةُ هى

---

(١) هو بشر بن الحارث بن عبد الرحمن المروزى ، أبو نصر . الإمام العالم المحدث الزاهد الربانى ، المشهور بالحافى . توفى سنة سبع وعشرين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١٠/٤٦٩ – ٤٧٧ .

(٢) كذا ذكر هنا ، ونص الإمام الشافعى فى الأم ٥/١٢٨ ، ١٢٩ إنما هو فى القسم الثالث الذى لم تخلق فيه شهوة ، أو ذهبت بعارض .

(٣) سورة آل عمران ٣٩ .

(٤) سورة آل عمران ١٤ .

(٥) فى م : « أحله » .

(٦) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد ١/١٣٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٥٨ ، ٢٤٥ .

الشرح الكبير

و(١) التَّخَلِّيَ منه إلى التَّحريمِ ، ولو كان التَّخلِّى أفْضَلَ (٢)لانْعَكَسَ الأمْرُ(٢) ، ولأنَّ النبيَّ ﷺ تَزَوَّجَ ، وبالَغَ فى العَدَدِ ، وفَعَل ذلك أصحابُه ، ولا يَشْتَغِلُ النبيُّ ﷺ وأصحابُه إلَّا بالأَفْضَلِ ، ولا يَجْتَمِعُ الصحابةُ على تَرْكِ الأفْضَلِ والاشْتِغالِ بالأدْنَى . ومِن العَجَبِ أنَّ مَن يُفَضِّلُ التَّخَلِّيَ لم يَفْعَلْه ، فكيف أجْمَعوا على النِّكاحِ فى فِعْلِه ، وخالَفوا فى فَضْلِه ! أفما(٣) كان فيهم مَنْ يَتْبَعُ الأفْضَلَ عندَه ويَعْمَلُ بالأَوْلَى ؟ ولأنَّ مَصالِحَ النِّكاحِ أكْثَرُ ؛ فإنَّه يَشْتَمِلُ على تَحْصِينِ الدِّينِ وإحْرازِه ، وتَحْصِينِ المرأةِ وحِفْظِها والقِيامِ بها ، وإيجادِ النَّسْلِ وتَكْثِيرِ الأُمَّةِ ، وتَحْقِيقِ مُباهاةِ النبيِّ ﷺ ، وغيرِ ذلك مِن المَصالِحِ الرَّاجِحِ أحَدُها على نَفْلِ العِبادَةِ ، فمَجْمُوعُها أَوْلَى . وقد رَوَيْنا فى أخْبارِ المُتَقدِّمِينَ أنَّ قَوْمًا ذَكَرُوا النبيِّ لهم فَضْلَ عابدٍ لهم ، فقال : أمَا إنَّه لتارِكٌ لشيءٍ مِن السُّنَّةِ . فبَلَغَ العابِدَ ، فأتى النبيَّ(٤) فسَألَه عن ذلك ، فقال : إنَّك تَرَكْتَ التَّزْويجَ . فقال : يا نَبيَّ اللهِ ، وما هو إلَّا هذا ! فلمَّا رَأى النبيُّ احْتِقارَه لذلك ، قال : أرَأَيْتَ لو تَرَكَ الناسُ كُلُّهم التَّزْوِيجَ ، مَن كان يَقُومُ بالجِهادِ ، ويَنْفِي العَدُوَّ ، و(٥) يقومُ بفرائِضِ اللهِ وحُدُودِهِ ؟. وأمَّا ماذُكِرَ عن يَحيى ، فهو شَرْعُه ، وشَرْعُنا

الإنصاف

أصحُّ الطُّرُقِ ، وهى طَرِيقَةُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهما . قال الزَّرْكَشِيُّ :

---

(١) فى الأصل : « ولا » .

(٢ - ٢) فى م : « لانعكست الأحكام » .

(٣) فى م : « فما » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « أو » .

الشرح الكبير

بخِلافِه ، فهو أَوْلَى . والبَيْعُ لا يَشْتَمِلُ على مَصالِحِ النِّكاحِ ، ولا يُقارِبُها . القسمُ الثالثُ ، مَن لا شَهْوَةَ له ؛ إمَّا لأنَّه لا شَهْوَةَ له كالعِنِّينِ ، أو ذَهَبَتْ شَهْوَتُه لمَرَضٍ أو كِبَرٍ ونحوِه ، ففيه وَجْهان ؛ أحَدُهما ، يُسْتَحَبُّ له النِّكاحُ ؛ لما ذَكَرْنا . [٧٨/٦و] والثانى ، التَّخَلِّى له أفْضَلُ ؛ فإنَّه لا يُحَصِّلُ مَصالِحَ النِّكاحِ ، ويَمْنَعُ زَوْجَتَه مِن التَّحْصِينِ بغيرِه ، ويُضِرُّ بها بحَبْسِها على[1] نَفْسِه ، ويُعَرِّضُ نَفْسَه لواجباتٍ وحُقُوقٍ لَعَلَّه لا يَقومُ بها ، ويَشْتَغِلُ عن العِلْمِ والعِبادَةِ بما لا فائِدَةَ فيه ، والأخبارُ تُحْمَلُ على مَن له شَهْوَةٌ ؛ لِما فيها مِن القَرائِنِ الدَّالَّةِ عليها .

فصل : وظاهِرُ كَلامِ أحمدَ أنَّه لا فَرْقَ بينَ القادِرِ على الإنْفاقِ والعاجزِ عنه ، فإنَّه قال : يَنْبَغِى للرجلِ أن يَتزَوَّجَ ، فإن كان عندَه ما يُنْفِقُ أنْفَقَ ، وإن لم يَكُنْ عندَه صَبَرَ ، ولو تَزَوَّجَ بِشْرٌ كانَ قد تَمَّ أمْرُه . واحْتَجَّ بأنَّ النبىَّ ﷺ [2]كانَ يُصْبِحُ وما عندَهم شىءٌ ، ويُمْسِى وما عندَهم شىءٌ[3] . ولأنَّ النبىَّ ﷺ [2] زَوَّجَ رجلًا لم يَقْدِرْ[4] على خاتَمِ حَديدٍ ، ولا وَجَد إلَّا إزارَه ، ولم يَكُنْ له رِداءٌ . أخْرَجَه البخارىُّ[5] . قال أحمدُ فى رجلٍ قَليلِ

الإنصاف

هى الطَّريقَةُ المَشْهورَةُ . وقال ابنُ شَيْخِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » على « المُحَرَّرِ » :

---

(١) فى م : « عن » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب شراء النبى ﷺ بالنسيئة ، من كتاب البيوع ، وفى : باب فى الرهن فى الحضر ... ، من كتاب الرهن . صحيح البخارى ٣/٧٤ ، ١٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرخصة فى الشراء إلى أجل ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥/٢١٩ ، ٢٢٠ .

(٤) بعده فى م : « إلا » .

(٥) تقدم تخريجه فى ١٤/٣٨٠ .

المقنع وَعَنْهُ ، أَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ .

الشرح الكبير الكَسبِ ، يَضْعُفُ قَلْبُه عن العِيالِ : اللهُ يَرْزُقُهم ، التزويجُ أحْصَنُ له ، رُبَّما أَتى عليه وَقْتٌ لا يُمْكِنُ قَلْبَه الصَّبْرُ . وهذا فى حَقِّ مَن يُمْكِنُه التَّزْوِيجُ ، فأمَّا مَن لا يُمْكِنُه التَّزْوِيجُ[1] ، فقد قال اللهُ تعالى : ﴿ وَلْيَسْتَعْفِفِ ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ ٱللَّهُ مِن فَضْلِهِ ﴾[2] .

٣٠٥٦ – مسألة : (وعن أحمدَ ، أنَّ النِّكاحَ واجبٌ على الإِطْلَاقِ) واخْتارَه أبو بَكْرٍ عبدُ العزيزِ ، وحَكاه عن أحمدَ . وحُكِي عن داودَ[3] أنه يَجِبُ فى العُمُرِ مَرَّةً ؛ للآيَةِ والخَبَرِ . والمَشْهُورُ فى المَذْهَبِ أنه ليس

الإنصاف ذكَر غيرُ واحدٍ مِن أصحابِنا فى وُجوبِ النِّكاحِ رِوايتَيْن ، واخْتَلفُوا فى محَلِّ الوُجوبِ ؛ فمنهم مَن أطْلَقه و لم يُقَيِّدْه بحالٍ . وهذه طريقةُ أبى بَكْرٍ ، وأبى حَفْصٍ ، وابنِ الزَّاغُونِىِّ . قال فى « مُفْرَداتِه » : النِّكاحُ واجِبٌ ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . وكذلك أطْلَقه القاضى أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ فى « مُفْرَداتِه » ، وأبو الحُسَيْنِ ، وصاحِبُ « الوَسِيلَةِ » . وقد وقَع ذلك فى كلامِ أحمدَ ، لمَّا سُئِلَ عن التَّزْوِيجِ فقال : أراه واجِبًا . وأشارَ إلى هذا أبو البَرَكاتِ ؛ حيثُ قال : وعنه ، الوُجوبُ مُطْلَقًا . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وصاحِبِ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهو ضعيفٌ جدًّا فى مَن لا شَهْوَةَ له . قال : ومنهم مَن خصَّ الوُجوبَ بمَن يجِدُ الطَّوْلَ ويخافُ العَنَتَ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : فهذا يجبُ عليه النِّكاحُ ، رِوايَةً واحدَةً . وكذا قال فى « التَّرْغيبِ » ، وابنُ

---

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) سورة النور ٣٣ .

(٣) فى م : « أحمد » .

الشرح الكبير

بواجِبٍ ، إلَّا أن يَخافَ على نَفْسِه الوُقُوعَ فى مَحْظُورٍ بتَرْكِه ، فيَلْزَمُه إعْفافُ نَفْسِه . وهو قولُ أكثرِ الفُقَهاءِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى حينَ أمَرَ به عَلَّقَه على

الإنصاف

الجَوْزِىِّ ، وأبو البَرَكاتِ . وعليها حمَل القاضى إطْلاقَ أحمدَ ، وأبى بَكْرٍ . قلتُ : وقيَّده ابنُ عَقِيلٍ بذلك أيضًا ، وأنَّ الشَّيْخَ تَقِىَّ الدِّينِ قال : وظاهِرُ كلامِ أحمدَ والأكْثَرِين أنَّ ذلك غيرُ مُعْتَبَرٍ . واخْتارَ ابنُ حامِدٍ عدَمَ الوُجوبِ حتى فى هذه الحالَةِ . قلتُ : الذى يظْهَرُ أنَّ هذا خطَأٌ مِنَ النَّاقِلِ عنه . ومِن أصحابنا مَن أجْرَى الخِلافَ فيه ؛ فحكَى ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » - فى وُجوبِ النِّكاحِ على مَن يخافُ العَنَتَ ويجِدُ الطَّوْلَ - رِوايتَيْن . ومنهم مَن جعَل محَلَّ الوُجوبِ فى الصُّورَةِ الأُولَى وهذه الصُّورَةِ . ومنهم مَن جعَل الخِلافَ فى الصُّورَةِ الثَّانيةِ ؛ وهو مَن يجِدُ الطَّوْلَ ولا يخافُ العَنَتَ ، و(1)له شَهْوَةٌ(1) . فههُنا جعل محَلَّ الخِلافِ غيرُ واحدٍ ، وحَكَوْا فيه رِوايتَيْن . وهذه طريقَةُ القاضى ، وأبى البَرَكاتِ . وقطَع الشَّيْخُ مُوَفَّقُ الدِّينِ بعَدَمِ الوُجوبِ مِن غيرِ خِلافٍ ، وكذلك القاضى فى « الجامِعِ الكَبِيرِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ . قالُوا(2) : ويدُلُّ على رُجْحانِها فى المذهبِ أنَّ أحمدَ لم يتزَوَّجْ حتى صارَ له أرْبَعُون سَنَةً ، مع أنَّه كان له شَهْوَةٌ . ومنهم مَن جعَل محَلَّ الوُجوبِ فى الصُّورَتَين المُتقَدِّمتَين ، وفى صُورَةٍ ثالثةٍ ؛ وهو مَن يجِدُ الطَّوْلَ ولا شهْوةَ له . حكاه فى « التَّرْغِيبِ » . قال أبو العَبَّاسِ : وكلامُ القاضى وتَعْليلُه يقْتَضِى أنَّ الخِلافَ فى الوُجوبِ ثابتٌ ، وإنْ لم يكُنْ له شَهْوَةٌ . ومنهم مَن جعَل [3/3و] محَلَّ الوُجوبِ القُدْرَةَ على النَّفَقَةِ والصَّداقِ . قال فى « المُبْهِجِ » : النِّكاحُ مُسْتَحَبٌّ ، وهل هو واجبٌ أمْ لا ؟ يُنْظَرُ فيه ؛ فإنْ كان فقِيرًا لا يقْدِرُ على الصَّداقِ ، ولا على ما يقُومُ بأَوَدِ الزَّوْجَةِ ، لم يجِبْ ،

(1 - 1) فى ط : « لا له شهوة » .
(2) فى ط : « قال » .

الشرح الكبير الاسْتِطابَةِ بقولِه : ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[1] .

الإنصاف رِوايَةً واحِدةً . وإنْ كان قادِرًا مُسْتَطِيعًا ، ففيه رِوايَتان ؛ لا يجِبُ . وهى المَنْصورَةُ . والوُجوبُ . قال : قلتُ : ونازَعَه فى ذلك كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . ومنهم مَن أضافَ قَيْدًا آخرَ ، فجَعل الوُجوبَ مُخْتَصًّا بالقُدْرَةِ على نِكاحِ الحُرَّةِ . قال أبو العَبَّاسِ : إذا خَشِىَ العَنَتَ جازَ له التَّزَوُّجُ بالأَمَةِ ، مع أنَّ تَرْكَه أفْضَلُ ، أو مع الكَراهَةِ وهو يخافُ العَنَتَ ، فيكونُ الوُجوبُ مَشْروطًا بالقُدْرَةِ على نِكاحِ الحُرَّةِ . قلتُ : قدَّم فى « الفُروعِ » أنَّه لا يجِبُ عليه نِكاحُ الحُرَّةِ . قال القاضى ، وابنُ الجَوْزِىِّ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم : يُباحُ ذلك ، والصَّبْرُ عنه أوْلَى . وقال فى « الفُصولِ » : فى وُجوبِه خِلافٌ . واخْتارَ أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ الوُجوبَ . قلتُ : الصَّوابُ أنَّه يجِبُ إذا لم يجِدْ حُرَّةً . ومنهم مَن جعَل الوُجوبَ مِن بابِ وُجوبِ الكِفايَةِ لا العَيْنِ . قال أبو العَبَّاسِ : ذكَر أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، فى ضِمْنِ مَسْأَلَةِ التَّخَلِّى لنَوافِلِ العِبادَةِ : إنَّا إذا لم نُوجِبْه على كلِّ أحَدٍ ، فهو فَرْضٌ على الكِفايَةِ . قلتُ : وذكَر أبو الفَتْحِ ابنُ المَنِّىِّ أيضًا أنَّ النِّكاحَ فَرْضُ كِفايَةٍ ، فكان الاشْتِغالُ به أوْلَى كالجِهادِ . قال : وكان القِياسُ يقْتَضِى وُجوبَه على الأعْيانِ ، ترَكْناه للحَرَجِ والمَشَقَّةِ . انتهى . وانتهى كلامُ ابنِ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ مع مازِدْنا عليه فيه .

فوائد ؛ الأُولَى ، حيثُ قُلْنا بالوُجوبِ ، فإنَّ المَرْأَةَ كالرَّجُلِ فى ذلك . أشارَ إليه أبو الحُسَيْنِ ، وأبو حَكيمٍ النَّهْرَوانِىُّ ، وصاحِبُ « الوَسِيلَةِ » . قالَه ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ . الثَّانيةُ ، على القَوْلِ بالوُجوبِ ، لا يَكْتَفِى بمَرَّةٍ واحِدَةٍ فى العُمُرِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « النُّكَتِ » : جُمْهورُ الأصحابِ أنَّه لا يَكْتَفِى بمَرَّةٍ واحِدَةٍ ، بل يكونُ النِّكاحُ فى مَجْموعِ العُمُرِ ؛ لقَوْلِ

---

(١) سورة النساء ٣ .

الشرح الكبير

والواجِبُ لا يَقِفُ على الاستِطابَةِ . وقال : ﴿ مَثْنَىٰ وثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ . ولا يَجِبُ ذلك بالاتِّفاقِ ، فدَلَّ على أنَّ المُرادَ بالأمْرِ النَّدْبُ ، وكذلك

الإنصاف

أحمدَ : ليستِ العُزوبَةُ فى شيءٍ مِن أمْرِ الإسلامِ . وقدَّم فى « الفُروعِ » أنَّه لايَكْتَفِى بمَرَّةٍ واحِدَةٍ . وقال أبو الحُسَيْنِ فى « فُرُوعِه » : إذا قُلْنا بالوُجوبِ ، فهل يسْقُطُ الأَمْرُ به فى حقِّ الرَّجُلِ والمَرْأَةِ بمَرَّةٍ واحِدَةٍ ، أمْ لا ؟ ظاهِرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يسْقُطُ ؛ لقَوْلِ أحمدَ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ : ليستِ العُزوبَةُ مِنَ الإسلامِ . وهذا الاسمُ لايزُولُ بمَرَّةٍ . وكذا قالَه صاحِبُ «الوَسيلَةِ » ، وأبو حَكِيمٍ النَّهْرَوانِىُّ . وفى « المُذْهَبِ » لابنِ الجَوْزِىِّ وغيرِه ، يُكْتَفَى بالمَرَّةِ الواحِدَةِ لرَجُلٍ وامْرأَةٍ . وجزَم به فى « عُيونِ المَسائلِ » ، وقال : هذا على رِوايَةِ وُجوبِه . ونقَل ابنُ الحَكَمِ ، أنَّ أحمدَ قال : المُتَبَتِّلُ الذى لم يَتزَوَّجْ قطُّ . قلتُ : ويَنْبَغِى أنْ يتمَشَّى هذا الخِلافُ على القوْلِ بالاسْتِحبابِ أيضًا . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الفُروعِ » ، بخِلافِ صاحِبِ « النُّكَتِ » . الثَّالثةُ ، وعلى القولِ بوُجوبِه ، إذا زاحَمَه الحَجُّ الواجِبُ ؛ فقد تقدَّم لو خافَ العَنَتَ مَن وجَب عليه الحَجُّ ، فى كِتابِ الحَجِّ ، وذكَرْنا هناك الحُكْمَ والتَّفْصِيلَ ، فليُراجَعْ . الرَّابعةُ ، فى الاكْتِفاءِ بالعَقْدِ اسْتِغْناءً بالباعِثِ الطَّبْعِىِّ عنِ الشَّرْعِىِّ ، وَجْهان . ذكَرَهما فى « الواضِحِ » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . قال ابنُ عَقِيلٍ فى « المُفْرَداتِ » : قِياسُ المذهبِ عندِى يقْتَضِى إيْجابَه شَرْعًا ، كما يجِبُ على المُضْطَرِّ تمَلُّكُ الطَّعامِ والشَّرابِ وتَناوُلُهما . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه على المُحَرَّرِ » : وحيثُ قُلْنا بالوُجوبِ ، فالواجِبُ هو العَقْدُ . وأمَّا نَفْسُ الاسْتِمْتاعِ ، فقال القاضى : لايجِبُ ، بل يُكْتَفَى فيه بداعِيَةِ الوَطْءِ . وحيثُ أوْجَبْنا الوَطْءَ ، فإنَّما هو لإيفاءِ حَقِّ الزَّوْجَةِ لاغيرُ . انتهى . الخامسةُ ، ما قالَه أبو الحُسَيْنِ : هل يَكْتَفِى عنه بالتَّسَرِّى ؟ فيه

....

الشرح الكبير

الخَبَرُ يُحْمَلُ على النَّدْبِ أو على[1] مَن يَخْشَى على نَفْسِه الوُقُوعَ فى المَحْظُورِ بتَرْكِ النِّكاحِ . قال القاضى : وعلى هذا يُحْمَلُ كلامُ أحمدَ وأبى بكرٍ فى إيجابِ النِّكاحِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

وَجْهان . وتابعَه فى « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . قال ابنُ أبى المَجْدِ فى « مُصَنَّفِه » : ويُجْزِئُ عنه التَّسَرِّى فى الأصحِّ . [٣/٣ظ] قال فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » : والذى يظْهَرُ الاكْتِفاءُ . [2]قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حواشِى الزَّرْكَشِىِّ » : أصحُّهما ، لا يَنْدَفِعُ . فليتزوَّجْ . فأمَرَ بالتَّزوُّجِ[2] . وقال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ : فيه احْتِمالان ، ذكَرَهما ابنُ عَقِيلٍ فى « المُفْرَداتِ » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ . ثم قال : ويشْهَدُ لسُقوطِ النِّكاحِ قوْلُه تعالَى : « فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَٰحِدَةً أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ »[3] . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال بعضُ الأصحابِ : الأظهَرُ أنَّ الوُجوبَ يسْقُطُ مع خَوْفِ العَنَتِ ، وإنْ لم يسْقُطْ مع غيرِه . السَّادسةُ ، على القولِ باسْتِحْبابِه ، هل يجِبُ بأمْرِ الأبوَين ، أو بأمْرِ أحَدِهما به ؟ قال أحمدُ ، فى رِوايَةِ صالحٍ وأبى داودَ : إنْ كان له أبوانِ يأمُرانِه بالتَّزْويجِ أمَرْتُه أنْ يتزَوَّجَ ، أو كان شابًّا يخافُ على نفْسِه العَنَتَ أمَرْتُه أنْ يتزوَّجَ . فجَعل أمْرَ الأبوَين له بذلك بمَنْزِلَةِ خَوْفِه على نفْسِه العَنَتَ . وقال أحمدُ : والذى يحْلِفُ بالطَّلاقِ ؛ لا يتزَوَّجُ أبدًا ، إنْ أمرَه أبُوه تزَوَّجَ . السَّابعةُ ، وعلى القوْلِ أيضًا بعدَمِ وُجوبِه ، هل يجِبُ بالنَّذْرِ ؟ صرَّح أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ فى « مُفْرَداتِه » أنَّه يَلْزَمُه بالنَّذْرِ . قلتُ : وهو داخِلٌ فى عُموماتِ كلامِهم فى نَذْرِ التَّبرُّرِ . الثَّامِنةُ ، يجوزُ له النِّكاحُ

---

(١) زيادة من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٣ .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

بدارِ الحَرْبِ للضَّرُورَةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ونقَل ابنُ هانئٍ ، لا يتزَوَّجُ وإنْ خافَ ، وإنْ لم تكُنْ به ضَرُورَةٌ للنِّكاحِ فليس له ذلك ، على الصَّحيحِ . وقال ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » : ليس له النِّكاحُ ، سواءٌ كان به ضَرُورَةٌ أوْ لا ؟ قال الزَّرْكَشِيُّ : فعلى تعْليلِ أحمدَ ، لا يتزَوَّجُ ولا مسْلِمَةً . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . ولا يطَأُ زوْجتَه إنْ كانتْ معه . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ وغيرِه . وعلى مُقْتَضَى تعْلِيلِه ، له أنْ يتزَوَّجَ آيِسَةً أو صغيرَةً ؛ فإنَّه علَّلَ ، وقال : مِن أجْلِ[1] الوَلَدِ ؛ لِئَلَّا يُسْتَعْبَدَ . وقال فى « المُغْنِى »[2] ، فى آخِرِ الجِهادِ : وأمَّا الأسِيرُ ، فظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ لا يحِلُّ له التَّزَوُّجُ مادامَ أسِيرًا . وأمَّا الذى يدْخُلُ إليهم بأمانٍ ؛ كالتَّاجِرِ ونحوِه ، فلا ينْبَغِى له التَّزَوُّجُ . فإنْ غَلَبَتْ عليه الشَّهْوَةُ أُبيحَ له نِكاحُ مُسْلِمَةٍ ، ولْيَعْزِلْ عنها ، ولا يتَزَوَّجُ منهم . انتهى . وقيل : يُباحُ له النِّكاحُ مع عدَمِ الضَّرُورَةِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، فقال : وله النِّكاحُ بدارِ حَرْبٍ ضَرُورَةً ، وبدُونِها وَجْهان . وكَرِهَه أحمدُ ، وقال : لا يتزَوَّجُ ولا يتَسَرَّى إلَّا أنْ يُخافَ عليه . وقال أيضًا : ولا يطْلُبُ الوَلَدَ . ويأْتِى ، هل يُباحُ نِكاحُ الحَرْبِيَّاتِ ، أم لا ؟ فى بابِ المُحَرَّماتِ فى النِّكاحِ .

تنبيه : حيثُ حَرُمَ نِكاحُه بلا ضَرُورَةٍ وفعَل ، وجَب عزْلُه ، وإلَّا اسْتُحِبَّ عزْلُه . ذكَرَه فى « الفُصولِ » . قلتُ : فيُعايَى بها .

قوله : والاشْتِغالُ به أفضَلُ مِنَ التَّخَلِّى لنَوافِلِ العِبادَةِ . يعْنِى حيثُ قُلْنا : يُسْتَحَبُّ . وكان له شَهْوَةٌ . وهذا المذهبُ مُطْلَقًا . نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ

---

(١) فى ط : « خذ » .

(٢) المغنى ١٣/١٤٨ .

المقنع وَيُسْتَحَبُّ تَخَيُّرُ ذَاتِ الدِّينِ ، الْوَلُودِ ، الْبِكْرِ ، الْحَسِيبَةِ ، الْأَجْنَبِيَّةِ .

الشرح الكبير **٣٠٥٧** – مسألة : (وَيُسْتَحَبُّ تَخَيُّرُ ذَاتِ الدِّينِ ، الوَلُودِ ، البِكْرِ ، الحَسِيبَةِ ، الأَجْنَبِيَّةِ) لقولِ النبيِّ ﷺ : « تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِمَالِهَا ، وَلِحَسَبِهَا ، وَلِجَمالِها ، وَلِدِينِها ، فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ » . مُتَّفَقٌ عليه[١] . والأَوْلَى أن لا يَزِيدَ على امرأةٍ واحِدَةٍ . ذَكَرَه فى « المُجَرَّدِ »[٢] ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ . [٣]ولِقَولِه سُبحانه : ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوٓا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾[٣] . وَيَخْتارُ الوَلُودَ ؛ لما رَوَى أَنَسٌ ، قال : كانَ رسولُ اللهِ ﷺ يَقولُ : « تَزَوَّجُوا الوَدُودَ الوَلُودَ ، فَإِنِّى مُكَاثِرٌ بِكُمُ ٱلْأُمَمَ يَوْمَ القِيَامَةِ » . رَواه سعيدٌ[٤] . ورَوَى مَعْقِلُ بنُ يَسارٍ ، قال : جاء رجلٌ إلى

الإنصاف الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ : لا يكونُ أفضَلَ مِنَ التَّخَلِّى إلا إذا قصَد به المَصالحَ المَعْلومَةَ ، أمَّا إذا لم يقْصِدْها فلا يكونُ أفْضَلَ . وعنه ، التَّخَلِّى لنَوافِلِ العِبادَةِ أفْضَلُ ، كما لو كان معْدومَ الشَّهْوَةِ . حكاها أبو الحُسَيْنِ فى « التَّمامِ » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ . واخْتارَها ابنُ عَقِيلٍ فى « المُفْرَداتِ » . وهى احْتِمالٌ فى « الهِدايَةِ » ، ومَن تابَعَه . وذكَر أبو الفَتْحِ ابنُ المَنِّىِّ ، أنَّ النِّكاحَ فَرْضُ كِفايَةٍ ، فكان الاشْتِغالُ به أوْلَى كالجِهادِ . كما تقدَّم .

قوله : ويُسْتَحَبُّ تخَيُّرُ ذاتِ الدِّينِ ، الوَلُودِ ، البِكْرِ ، الحَسِيبَةِ ، الأَجْنَبِيَّةِ .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٤١٠/١٣ .

(٢) فى م : « المحرر » .

(٣ – ٣) زيادة من : م . والآية ١٢٩ من سورة النساء .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥ .

الشرح الكبير

النبىَّ ﷺ فقالَ : إنِّى أصَبْتُ امْرأةً ذاتَ حَسَبٍ ومَنْصِبٍ ، إلَّا أنَّها لا تَلِدُ ، أفَأتَزَوَّجُها ؟ فنهاه ، ثم أتاه الثَّانِيةَ ، فنهاه ، ثم أتاهُ الثالِثةَ ، فقال : « تَزَوَّجُوا الْوَلُودَ الْوَدُودَ ، فَإِنِّى مُكَاثِرٌ بِكُمْ »[1] . رَواه النَّسائِىُّ[2] . وعن علىِّ بنِ الحسينِ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « يَا بَنِى هَاشِمٍ ، عَلَيْكُمْ بِنِسَاءِ الْأَعَاجِمِ ، فَالْتَمِسُوا أَوْلَادَهُنَّ ، فَإِنَّ فِى أَرْحَامِهِنَّ الْبَرَكَةَ »[3] . ويَخْتارُ[4] البِكْرَ ؛ [٧٨/٦ظ] لقولِ النبىِّ ﷺ : « أَتَزَوَّجْتَ يَا جَابِرُ ؟ » . قال : قُلْتُ : نَعم . قال : « بِكْرًا أَمْ ثَيِّبًا ؟ » . قال : قُلْتُ : بل ثَيِّبًا . قال : « فَهَلَّا بِكْرًا تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ ؟ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . وعن عَطاءٍ عن النبىِّ ﷺ أنَّه

الإنصاف

بلا نِزاعٍ . ويُسْتَحَبُّ أيضًا أنْ لا يزيدَ على واحِدَةٍ إنْ حصَل بها الإعْفافُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ،

(١) بعده فى الأصل : « الأمم » . وليست عند النسائى .

(٢) فى : باب كراهية تزويج العقيم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٤/٦ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب النهى عن تزويج من لم يلد من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٣/١ .

(٣) أخرجه أبو زكريا البخارى فى فوائده ، وذكر إسناده فى اللآلئ المصنوعة ١٦٣/٢ .

(٤) فى م : « قال ويختار » .

(٥) تقدم تخريجه فى ٢١٦/١١ . ويضاف إليه : وأخرجه البخارى ، فى : باب إذا وكل رجلا أن يعطى شيئا ... ، من كتاب الوكالة ، وفى : باب الشفاعة فى وضع الدين ، من كتاب الاستقراض ، وفى : باب استئذان الرجل الإمام ... ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب ﴿ إذ همت طائفتان منكم أن تفشلا ... ﴾ ، من كتاب المغازى ، وفى : باب الثيبات ، وباب طلب الولد ، وباب تستحد المغيبة وتمتشط ، من كتاب النكاح ، وباب عون المرأة زوجها فى ولده ، من كتاب النفقات ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ١٣٢/٣ ، ١٥٧ ، ٦٣/٤ ، ١٢٣/٥ ، ٦/٧ ، ٥٠ ، ٥١ ، ٨٥ ، ١٠٢/٨ . ومسلم ، فى : باب استحباب نكاح ذات الدين ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٢/١ . والترمذى ، فى : باب ماجاء فى تزويج الأبكار ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ١١/٥ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٨/١ . والدارمى ، فى : باب فى تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٤٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩٤/٣ ، ٣٠٢ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٦٢ ، ٣٧٤ ، ٣٧٦ .

الشرح الكبير

قال : « عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ ، فَإِنَّهُنَّ أَعْذَبُ أَفْوَاهًا ، وأنْتَقُ[1] أرْحَامًا ، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ » . وفى رِوايَةٍ : « وَأَفْتَحُ أرْحَامًا » . رَواه الإمامُ أحمدُ[2] . ويَخْتارُ الحَسِيبَةَ ؛ ليَكونَ وَلَدُها نَجِيبًا ، فإنَّه رُبَّما أشْبَهَ أهْلَها ونَزَع إليهم . وكانَ يُقالُ : إذَا أرَدْتَ أن تَتَزَوَّجَ امرَأَةً ، فانظُرْ إلى أبِيها وأخِيها . وعن عائشةَ ، قالت : قالَ رسولُ اللهِ ﷺ : « تَخَيَّرُوا لِنُطَفِكُمْ[3] ، وَانْكِحُوا الْأَكْفَاءَ ، وأَنْكِحُوا إلَيْهِم »[4] . ويَخْتارُ الأجْنَبِيَّةَ ؛ فإنَّ وَلَدَها أنْجَبُ ، ولهذا يُقالُ : اغْتَرِبوا[5] لا تَضْوُوا . يَعْنِى : انْكِحُوا الغَرائِبَ كى لا تَضْعُفَ أوْلادُكم . وقِيلَ : الغَرائِبُ أنْجَبُ ، وبَناتُ العَمِّ أصْبَرُ . ولأنَّه لا تُؤْمَنُ العَداوَةُ فى النِّكَاحِ ، وإفْضاؤُه إلى الطَّلاقِ ، فإذا كان فى قَرابَةٍ أفْضَى إلى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ المَأْمُورِ بصِلَتِها . ويَخْتارُ الجَمِيلَةَ ؛ لأنَّه أسْكَنُ لنَفْسِه[3] ، وأغَضُّ لبَصَرِه ، وأكْمَلُ

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « الفائقِ » : والأَوْلَى أنْ لا يزيدَ على نِكاحِ واحِدَةٍ . قال النَّاظِمُ : وواحِدَةٌ أقْرَبُ إلى العَدْلِ . قال فى

---

(١) فى م : « أنقى » . وأنتق أرحامًا : أكثر أولادًا .

(٢) لم نجده فى المسند ، وأخرجه ابن ماجه ، فى : باب تزويج الأبكار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٨/١ . والبيهقى ، فى : باب استحباب التزويج بالأبكار ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٨١/٧ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣٣/١ . وضعف إسناده فى الزوائد .

(٥) فى الأصل : «اعتزلوا » .

الشرح الكبير

لِمَوَدَّتِه ، ولذلك شُرِعَ النَّظَرُ قبلَ النِّكَاحِ ، ورُوِىَ عن محمدِ بنِ أبى بكرِ (١)ابنِ محمدِ(١) بنِ عَمْرِو بنِ حَزْمٍ ، عن رسولِ اللهِ ﷺ أنَّه قال : « إِنَّمَا النِّسَاءُ لُعَبٌ ، فَإِذَا اتَّخَذَ أَحَدُكُمْ لُعْبَةً(٢) فَلْيَسْتَحْسِنْهَا »(٣) . وعن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قيلَ : يا رسولَ اللهِ ، أىُّ النِّساءِ خيرٌ ؟ قال : « الَّتِى تَسُرُّهُ إِذَا نَظَرَ ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ ، وَلَا تُخَالِفُهُ فِى نَفْسِهَا وَلَا فى مَالِهِ بِمَا يَكْرَهُ » . رَواه الإمامُ أحمدُ ، والنَّسائىُّ(٤) . وعن يَحيى بنِ جَعْدَةَ(٥) ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « خَيْرُ فَائِدَةٍ أَفَادَهَا المَرْءُ المُسْلِمُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، امْرَأَةٌ جَمِيلَةٌ تَسُرُّهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا ، وَتَحْفَظُهُ فِى غَيْبَتِهِ فِى مَالِهِ وَنَفْسِهَا » . رَواه سعيدٌ(٦) . ويَختارُ ذاتَ العَقْلِ ، ويَجْتَنِبُ الحَمْقاءَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يُرادُ للعشْرَةِ ، ولا تَصْلُحُ العِشْرَةُ مع الحَمْقاءِ ، ولا يَطِيبُ العَيْشُ معها ، ورُبَّما تَعَدَّى ذلك(٧) إلى وَلَدِها . وقد قِيلَ : اجْتَنِبُوا الحَمْقاءَ ؛ فإنَّ وَلَدَها ضَياعٌ ، وصُحْبَتَها بَلاءٌ .

الإنصاف

« تَجْرِيدِ العِنايَةِ » : هذا الأشْهَرُ . قال ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ : جُمْهورُ الأصحابِ اسْتَحَبُّوا أنْ لا يزيدَ على واحِدَةٍ . قال ابنُ الجَوْزِىِّ : إلَّا أنْ لا تُعِفَّه واحِدَةٌ . انتهى .

(١ - ١) سقط من النسختين ، وانظر تهذيب الكمال ٥٤١/٢٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه الحارث بن أبى أسامة فى مسنده . بغية الباحث عن زوائد الحارث ، للهيثمى ص ١٥٩ . وذكره ابن حجر فى المطالب العالية ٣١/٢ . وانظر السلسلة الضعيفة ٦٧٥/١ .

(٤) أخرجه النسائى ، فى : باب أى النساء خير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٦/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٥١/٢ ، ٤٣٢ ، ٤٣٨ .

(٥) فى الأصل : « جعد » .

(٦) فى : باب الترغيب فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١٤١/١ .

(٧) بعده فى م : « معها » .

المقنع وَيَجُوزُ لِمَنْ أَرَادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِهَا مِنْ غَيْرِ خَلْوَةٍ بِهَا . وَعَنْهُ ، لَهُ النَّظَرُ إِلَى مَا يَظْهَرُ غَالِبًا ؛ كَالرَّقَبَةِ ، وَالْيَدَيْنِ ، وَالْقَدَمَيْنِ .

الشرح الكبير **٣٠٥٨** – مسألة : (وَيَجُوزُ لِمَن أرادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظَرُ إلى وَجْهِها مِن غيرِ خَلْوَةٍ بها . وعنه ، له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالِبًا ؛ كالرَّقَبَةِ ، واليَدَيْن ، والقَدَمَيْن) قال شيخُنا[1] : لا نَعْلَمُ بينَ أهلِ العلمِ فى إباحَةِ النَّظَرِ إلى المَرأةِ لِمَن أرادَ نِكاحَها خِلافًا ؛ لِما رَوَى جابرٌ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذا خَطَبَ أَحَدُكُمُ المرأةَ ، فإنِ اسْتَطاعَ أن يَنْظُرَ إلى ما يَدْعُوهُ إلَى نِكاحِهَا ، فَلْيَفْعَلْ » . قال[2] : فَخَطَبْتُ امرأةً ، فكُنْتُ أَتَخبَّأُ لها ، حتى رَأَيْتُ منها ما دَعانِى إلى نِكاحِها ، فتَزَوَّجْتُها . رَواه أبو داودَ[3] . وفيه أحاديثُ كثيرةٌ سِوَى هذا . ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ يَقْتَضِى التَّمْلِيكَ ، فكانَ للعاقِدِ النَّظَرُ إلى المَعْقُودِ عليه ، كالأمَةِ المُسْتامةِ . ولا بَأْسَ بالنَّظَرِ إليها بإذْنِها وغيرِ

الإنصاف وقيل : المُسْتَحَبُّ اثْنَتان [٣/٤و] كما لو لم تُعِفَّه . وهو ظاهِرُ كلامِ أحمدَ ؛ فإنَّه قال : يقْتَرِضُ ويتزَوَّجُ ، لَيْتَه إذا تزَوَّجَ اثْنَتَين يُفْلِتُ . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ عَقِيلٍ فى « مُفْرَداتِه » . قال ابنُ رَزِينٍ فى « النِّهايَةِ » : يُسْتَحَبُّ أنْ يزيدَ على واحِدَةٍ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » .

قوله : ويجوزُ لمَن أرادَ خِطْبَةَ امْرَأَةٍ النَّظَرُ . هذا المذهبُ . أعْنِى أنَّه يُباحُ . جزَم

---

(١) فى : المغنى ٩/٤٨٩ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى : باب فى الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٠ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

الشرح الكبير

إذْنِها ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ أَمَرَ بالنَّظَرِ وأطْلَقَ ، وفى حَديثِ جابرٍ : فكُنْتُ أتَخَبَّأُ لها . [٧٩/٦و] وفى حديثِ المُغِيرَةِ بنِ شُعْبَةَ ، أنَّه اسْتَأْذَنَ أبَوَيْها فى النَّظَرِ إليها ، فكَرِها ، فأذِنَتْ له المرأةُ . رَواه سعيدٌ[(١)] . ولا تَجُوزُ الخَلْوَةُ بها ؛ لأنَّها مُحَرَّمَةٌ ، ولم يَرِدِ الشَّرْعُ بغيرِ النَّظَرِ ، فبَقِيَتْ على التَّحْريمِ ، ولأنَّه لا يُؤْمَنُ مع الخَلْوَةِ مُواقَعَةُ[(٢)] المَحْظُورِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بامْرَأةٍ ، فَإنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ »[(٣)] . ولا يَنْظُرُ إليها نَظَرَ تَلَذُّذٍ وشَهْوَةٍ ، ولا لرِيبَةٍ . قال أحمدُ فى رِوايَةِ صالحٍ : يَنْظُرُ إلى الوَجْهِ ، ولا يكونُ على طَرِيقِ لَذَّةٍ . وله تَكْرارُ النَّظَرِ إليها وتَأمُّلُ مَحاسِنِها ؛ لأنَّ

الإنصاف

به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » . وقيل : يُسْتَحَبُّ له النَّظَرُ . جزَم به أبو[(٤)] الفَتْحِ الحَلْوانِىُّ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « التَّرْغيبِ » ، وغيرُهم . قلتُ : وهو الصَّوابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وجعَلَه ابنُ عَقِيلٍ وابنُ الجَوْزِىِّ مُسْتَحَبًّا ، وهو ظاهِرُ الحديثِ . فزادَ ابنَ الجَوْزِىِّ . (٥قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : يُسَنُّ إجْماعًا . كذا قال٥) . وأطْلَقَ الوَجْهَيْن ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ ،

---

(١) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . سنن سعيد بن منصور ١٤٦/١ .

(٢) فى الأصل : « موافقة » .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الدخول على المغيبات ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ما جاء فى لزوم الجماعة ، من أبواب الفتن . عارضة الأحوذى ٥ / ١٢١ ، ٩ / ٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ١٨ ، ٢٦ ، ٣ / ٣٣٩ ، ٤٤٦ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الْمَقْصُودَ إِنَّما يَحْصُلُ بذلك .

فصل : ولا خِلافَ بينَ أهلِ العلمِ فى إباحَةِ النَّظَرِ إلى وَجْهِها ؛ لأنَّه ليس بعَوْرَةٍ ، وهو مَجْمَعُ المَحاسِنِ ، ومَوْضِعُ النَّظَرِ . ولا يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما لا[1] يَظْهَرُ عادَةً . وحُكِىَ عن الأَوْزاعِىِّ ، أنَّه يَنْظُرُ إلى مَواضِعِ اللَّحْمِ . وعن داودَ ، أنَّه يَنْظُرُ إلى جَمِيعِها ؛ لظاهِرِ قولِه عليه السَّلامُ : « انْظُرْ إِلَيْهَا »[2] . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾[3] . رُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّه قال : هو الوَجْهُ وباطِنُ الكَفِّ . ولأنَّ النَّظَرَ أُبِيحَ للحاجَةِ ، فيَخْتَصُّ بما تَدْعو الحاجَةُ إليه ، والحديثُ مُطْلَقٌ ، ومَن نَظَر إلى وَجْهِ إنسانٍ سُمِّىَ ناظِرًا إليه ، ومَنْ رَآه وعليه ثِيابُه سُمِّىَ رائِيًا له ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ ﴾[4] . فأمَّا ما يَظْهَرُ غالِبًا سِوَى الوَجْهِ ؛ كالكَفَّيْن[5] والقَدَمين ونحوِ ذلك مِمَّا تُظهِرُه

الإنصاف

وقال : قلتُ : ويتعَيَّنُ تقْييدُ ذلك بمَن إذا خطَبَها غلَب على ظَنِّه إجابَتُه إلى نِكاحِها . وقالَه ابنُ رَجَبٍ فى «تَعْليقِه» على «المُحَرَّرِ» . ذكَرَه عنه فى «القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ» .

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النظر إلى المخطوبة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤/٣٠٦ . والنسائى ، فى : باب إباحة النظر قبل التزويج ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٥٧ . وابن ماجه ، فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٥٩٩ ، ٦٠٠ . والدارمى ، فى : باب الرخصة فى النظر للمرأة عند الخطبة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢٤٤ ، ٢٤٥ .

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) سورة المنافقون ٤ .

(٥) فى النسختين : « والكفين » . وانظر المغنى ٩/٤٩١ .

الشرح الكبير

المرأةُ فى منزِلِها ، ففيه رِوايَتان ؛ إحداهما ، لا يُباحُ النَّظرُ إليه ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، فلم يُبَحِ النَّظَرُ إليه ، كالذى لا يَظْهَرُ ، فإنَّ عبدَ اللهِ رَوَى أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « المَرْأَةُ عَوْرَةٌ »[1] . حديثٌ حسنٌ . ولأنَّ الحاجَةَ تَنْدَفِعُ بالنَّظَرِ إلى الوَجْهِ ، فبَقِىَ ما عَداه على التَّحْرِيمِ . والثانيةُ ، له النَّظَرُ إلى ذلك . قال أحمدُ فى رِوايَةِ حَنْبلٍ : لا بَأْسَ أن يَنظُرَ إليها [2]وإلى ما يَدْعُوه إلى نِكاحِها ؛ مِن يَدٍ أو جِسْمٍ أو نَحْوِ ذلك . قال أبو بكرٍ : لا بَأْسَ أن يَنْظُرَ إليها[2] عندَ الخِطْبَةِ حاسِرَةً . وقال الشافعىُّ : يَنْظُرُ إلى الوَجْهِ والكَفَّيْنِ . ووَجْهُ جَوازِ النَّظَرِ إلى[3] ما يَظْهَرُ غالبًا ، أنَّ النَّبىَّ ﷺ لمَّا[4] أذِن فى النَّظَرِ

الإنصاف

قلتُ : وهو كما قال ، وهو مُرادُ الإمامِ والأصحابِ قَطْعًا .

قوله : النَّظَرُ إلى وَجْهِها – يعْنِى فقط – مِن غيرِ خَلْوَةٍ بها . هذا إحْدَى الرِّواياتِ عن أحمدَ . جزَم به فى « البُلْغَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : هذا أصحُّ الرِّوايتَيْن . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : صحَّحَها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالرَّقَبَةِ واليَدَين والقدَمَين . وهو المذهبُ . قال فى « تَجْرِيدِ العنايَةِ » : هذا الأصحُّ .

---

(1) تقدم تخريجه فى ٣/٢٠٧ .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(3) بعده فى الأصل : « جميع » .

(4) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

إليها مِن غيرِ عِلْمِها ، عُلِمَ أنَّه أذِنَ فى النَّظَرِ إلى جميعِ ما يَظهَرُ غالبًا ، إذْ لا يُمْكِنُ إفْرادُ الوَجْهِ بالنَّظَرِ مع مشاركةِ غيرِه له فى الظُّهورِ ، ولأنَّه يَظْهَرُ غالبًا ، فأُبيحَ النَّظَرُ إليه كالوجهِ ، ولأنَّها امرأةٌ أُبيحَ له النَّظَرُ إليها بأمْرِ[1] الشَّارِعِ ، فأُبيحَ النَّظَرُ منها إلى ذلك ، كذَواتِ المَحارِمِ . وقد روَى سعيدٌ[2] ، عن سُفيانَ ، عن عَمرِو بنِ دِينارٍ ، عن أبى جَعفرٍ ، قال :

الإنصاف

ونَصَره النَّاظِمُ . وإليه مَيْلُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وحمَل كلامَ الخِرَقِىِّ وأبى بَكْرٍ الآتِىَ على ذلك . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » . وقيل : له النَّظَرُ إلى الرَّقَبَةِ والقدَمِ والرَّأْسِ والسَّاقِ . وعنه ، له النَّظَرُ إلى الوَجْهِ والكَفَّين فقط . حكاها ابنُ عَقِيلٍ . وحكاه بعضُهم قَوْلًا ؛ بِناءً على أنَّ اليَدَين ليْستا مِنَ العَوْرَةِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهى اخْتِيارُ مَن زعَم ذلك . قال القاضى فى « التَّعْليقِ » : المذهبُ المَعْمولُ عليه ، المَنْعُ مِنَ النَّظَرِ إلى ماهو عَوْرَةٌ ونحوِه . قال الشَّريفُ وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » : وجوَّز أبو بَكْرٍ النَّظَرَ إليها فى حالِ كَوْنِها حاسِرَةً . وحكَى ابنُ عَقِيلٍ رِوايَةً بأنَّ له النَّظَرَ إلى ماعَدا العَوْرَةَ المُغَلَّظَةَ . ذكَرَها فى « المُفْرَداتِ » . والعَوْرَةُ المُغَلَّظَةُ هى الفَرْجانِ . وهذا مَشْهورٌ عن داودَ الظَّاهِرِىِّ .

تنبيه : حيثُ أبَحْنا له النَّظَرَ إلى شيءٍ مِن بدَنِها ، فله تَكْرارُ النَّظَرِ إليه وتأَمُّلُ المَحاسِنِ ، كلُّ ذلك إذا أَمِنَ الشَّهْوَةَ . قيَّده بذلك الأصحابُ .

تنبيهٌ آخَرُ : مُقْتَضَى قوْلِه : ويجوزُ لمَن أرادَ خِطْبَةَ امْرَأةٍ . أنَّ مَحَلَّ النَّظَرِ قبلَ

---

(١) فى م : « من » .

(٢) فى : باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها . السنن ١٤٧/١ . كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب نكاح الصغيرين ، من كتاب النكاح . المصنف ١٦٣/٦ .

المقنع

وَلَهُ النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ ، وَإِلَى الرَّأْسِ وَالسَّاقَيْنِ مِنَ الْأَمَةِ الْمُسْتَامَةِ وَمِنْ ذَوَاتِ [٢٠١و] مَحَارِمِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْظُرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ ، إِلَّا الْوَجْهَ وَالْكَفَّيْنِ .

الشرح الكبير

خَطَب عُمَرُ بنُ الخَطَّابِ ابْنَةَ علىٍّ ، فذَكَرَ منها صِغَرًا ، فقالوا له : إنَّما رَدَّكَ . فعاوَدَه ، فقال : نُرسِلُ بها إليكَ تَنْظُرُ إليها . فرَضِيَها ، فكَشَفَ عن [٧٩/٦ظ] ساقِها . فقالت : أرْسِلْ ، لَولا أنَّكَ أمِيرُ المُؤمِنينَ لَلَطَمْتُ عَيْنَكَ .

٣٠٥٩ – مسألة : (وله النَّظَرُ إلى ذلك ، وإلى الرَّأْسِ والسَّاقَيْنِ مِن الأَمَةِ المُسْتامَةِ ومِن ذَواتِ مَحارِمِه . وعنه ، لا يَنْظُرُ مِن ذَواتِ مَحارِمِه إلَّا) إلى (الوَجْهِ وَالكَفَّيْن) يَجُوزُ له النَّظَرُ إلى ذلك مِن الأمَةِ المُسْتامَةِ

الإنصاف

الخِطْبَةِ . وهو صحيحٌ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ويَنْبَغِى أنْ يكونَ النَّظَرُ بعدَ العَزْمِ على نِكاحِها ، وقبلَ الخِطْبَةِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الإمامُ أحمدُ : إذا خطَب رَجُلٌ امْرأَةً ، سأَلَ عن جَمالِها أوَّلًا ، فإن حُمِدَ سأَلَ عن دِينِها ، فإنْ حُمِدَ تزَوَّجَ ، وإنْ لم يُحْمَدْ يكونُ رَدُّه لأجْلِ الدِّينِ . ولا يَسْأَلُ أوَّلًا عن الدِّينِ ، فإنْ حُمِدَ سأل عن الجَمالِ ، فإنْ لم يُحْمَدْ رَدَّها ، فيكونَ رَدُّه للجَمالِ لا للدِّينِ . الثَّانيةُ ، قال ابنُ الجَوْزِىِّ : ومَن ابْتُلِىَ بالهَوَى فأرادَ التَّزَوُّجَ ، فلْيَجْتَهِدْ فى نِكاحِ التى ابْتُلِىَ بها ، إنْ صحَّ ذلك وجازَ ، وإلَّا فلْيَتَخَيَّرْ ما يظُنُّه مثلَها .

قوله : وله النَّظَرُ إلى ذلك ، وإلى الرَّأْسِ والسَّاقَين مِنَ الأَمَةِ المُسْتامَةِ . يعْنِى له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ، وإلى الرَّأْسِ والسَّاقَين منها . وهو المذهبُ . جزَم به

الشرح الكبير

كما يَجُوزُ إلى مَن يُريدُ خِطْبَتَها ، قِياسًا عليها ، بل الأَمَةُ المُسْتامَةُ أَوْلَى ؛ لأنَّها تُرادُ للاسْتِمتاعِ وغيرِه ، مِن التِّجارَةِ فيها ، وحُسْنُها يَزِيدُ فى ثَمَنِها . فأمَّا ذَواتُ المَحارِمِ ، فيَجُوزُ النَّظَرُ مِنْهُنَّ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالرَّقَبَةِ ، والرَّأْسِ ، والكَفَّيْنِ ، والقَدَمَيْنِ ، ونحوِ ذلك ، وليس له النَّظَرُ إلى ما لا يَظْهَرُ غالبًا ، كالصَّدْرِ والظَّهْرِ ونحوِهما . قال الأَثْرَمُ : سَأَلْتُ أبا عبدِ اللهِ عن الرَّجلِ يَنْظُرُ إلى شَعَرِ امرأةِ أبيهِ ، (1)فقال : هذا فى القرآنِ : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ ﴾ . إلَّا لكذا وكذا . قُلْتُ : فيَنْظُرُ إلى ساقِ امرأةِ أبيه(1) وصَدْرِها ؟ قال : لا ، ما يُعْجِبُنِى . ثم قال : أنا أكْرَهُ أن يَنْظُرَ مِن أُمِّه وأُختِه إلى مثلِ هذا ، وإلى كلِّ شىءٍ لشَهْوَةٍ . وذَكَر القاضِى أنَّ حُكْمَ الرجلِ مع ذَواتِ مَحارِمِه حُكْمُ الرجلِ مع الرجلِ ، والمرأةِ مع المرأةِ . وقال أبو بكرٍ : كَراهِيَةُ أحمدَ النَّظَرَ إلى ساقِ أُمِّه وصَدْرِها على التَّوَقِّى ؛ لأنه يَدْعُو إلى الشَّهْوَةِ . يَعْنِى أنَّه يُكْرَهُ ولا يَحْرُمُ . ومَنَع الحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، والضَّحَّاكُ ، النَّظَرَ إلى شَعَرِ ذَواتِ المَحارِمِ . وهو إحدَى الرِّوايتَيْن عن أحمدَ . (2)ورُوِى عن هند(2) بِنتِ المُهَلَّبِ ، قالَتْ : قلتُ للحسنِ : يَنْظُرُ

الإنصاف

فى « الوَجيزِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وعنه ، يَنْظُرُ سِوَى عَوْرَةِ

(1 - 1) سقط من : م .

(2 - 2) سقط من : م .

وهى هند بنت المهلب بن أبى صفرة ، زوج الحجاج بن يوسف الثقفى ، من ربات الرأى والعقل والفصاحة والبلاغة ، حدثت عن أبيها والحسن البصرى ، وحكى عنها حجاج ومحمد ابنا أبى عتبة بن المهلب . أعلام النساء ٥/٢٥٤ - ٢٥٦ .

الشرح الكبير

الرجلُ إلى قُرْطِ أُختِه ، أو[1] إلى عُنُقِها؟ قال: لا، ولا كَرامَةَ. وقال الضَّحَّاكُ[2]: لو دَخَلْتُ على أُمِّى، لقُلْتُ: أَيَّتُها العَجُوزُ، غطِّى شَعَرَك. والصَّحِيحُ إباحَةُ النَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا؛ لقولِ اللهِ تعالى: ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية . وقالَت سَهْلَةُ بنتُ[3] سُهَيْلٍ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّا كُنَّا نَرَى سالِمًا وَلَدًا ، فكان يَأْوِى معى ومع أبى حُذَيْفَةَ فى بَيْتٍ واحِدٍ ، ويَرانِى فُضُلًا ، وقد أنزَلَ اللهُ فيهم ما قد عَلِمْتَ ، فكيفَ تَرَى فيه ؟ فقال النبىُّ ﷺ : « أَرْضِعِيهِ » . فأَرْضَعَتْه خمسَ رَضَعاتٍ ، فكان بمَنزِلَةِ وَلَدِها . رَواه مُسلمٌ بمعناه ، وأبو داودَ ، [4]وغيرُه[4] . وهذا دَلِيلٌ على أنَّه كان يَنظُرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ، فإنَّها قالت : يَرانِى فُضُلًا . ومعناه فى ثِيابِ البِذْلَةِ التى لا تَسْتُرُ أطْرافَها . قال امْرُؤُ القَيْسِ[5] :

فجِئْتُ وقد نَضَتْ لِنَومٍ ثِيابَهَا [6]لَدَى السِّترِ[6] إلَّا لِبْسَةَ المُتَفَضِّلِ

الإنصاف

الصَّلاةِ . جزَم به فى « الكافِى » ، فقال : ويجوزُ لمَن أرادَ شِراءَ جارِيَةٍ النَّظَرُ منها إلى ماعدا عَوْرَتَها . وقيل : ينْظُرُ غيرَ ما بينَ [٣/٤ظ] السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . قال النَّاظِمُ :

---

(١) فى الأصل : « و » .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « بن » .
(٤ – ٤) سقط من : م . وأخرجه مسلم ، فى : باب رضاعة الكبير ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/١٠٧٦ ، ١٠٧٧ . وأبو داود ، فى : باب من حَرَّم به [أى برضاعة الكبير] ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٥ ، ٤٧٦ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب رضاع الكبير ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٨٦ ، ٨٧ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/٦٠٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١٧٤ ، ٢٠١ ، ٢٢٨ ، ٢٤٩ ، ٢٦٩ .
(٥) البيت من معلقته فى ديوانه ١٤ .
(٦ – ٦) فى الأصل : « ولم يبق » .

الشرح الكبير

ومثلُ هذا يَظْهَرُ منه الأطْرافُ والشَّعَرُ ، فكان يَراها كذلك ؛ إذ[1] اعْتَقَدَتْه وَلدًا ، ثم دَلَّهم النبىُّ ﷺ على ما يَسْتَدِيمونَ به ما كانوا يَعْتَقِدُونَه ويَفْعَلُونَه . ورَوَى الشافعىُّ فى « مُسْنَدِه »[2] ، عن زينبَ بنتِ أبى سَلَمَةَ[3] ، أنَّها ارْتَضَعَتْ مِن أسماءَ امرأةِ الزُّبَيْرِ . قالت : فكنتُ أراه أبًا ، وكان يَدْخُلُ علىَّ وأنا أمْشُطُ [٨٠/٦و] رَأْسِى ، فيأْخُذُ ببعضِ قُرُونِ رأسِى ويقولُ : أقْبِلى علىَّ . ولأنَّ التَّحَرُّزَ مِن هذا لا يُمْكِنُ ، فأُبِيحَ كالوَجْهِ . وما لا يَظْهَرُ غالبًا لا يُباحُ ؛ لأنَّ الحاجَةَ لا تَدْعُو إليه ، ولا تُؤْمَنُ معه الشَّهْوَةُ ومُواقَعَةُ المَحْظُورِ ، فحَرُمَ النَّظَرُ إليه كما تَحْتَ السُّرَّةِ .

فصل : وذَواتُ مَحارِمِه ؛ كلُّ مَن حَرُمَ نِكاحُها على التَّأْبِيدِ ، بنَسَبٍ أو رَضاعٍ ، أو تَحْرِيمِ المُصاهَرَةِ بسَبَبٍ[4] مُباحٍ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ سالمٍ وزينبَ . وعن عائشةَ ، أنَّ أفْلَحَ أخا أبى القُعَيْسِ[5] ،

الإنصاف

هذا المُقَدَّمُ . وقيل : حُكْمُها فى النَّظَرِ كالمَخْطُوبَةِ . ونقَل حَنْبَلٌ ، لا بأْسَ أنْ يُقَلِّبَها إذا أرادَ شِراءَها مِن فوقِ ثِيابِها ؛ لأنَّها لا حُرْمَةَ لها . قال القاضى : أجازَ تَقْلِيبَ الظَّهْرِ والصَّدْرِ ، بمَعْنَى لمْسِه مِن فوقِ الثِّيابِ .

قوله : وَمِن ذَواتِ مَحارِمِه . يعْنِى يجوزُ له النَّظَرُ مِن ذَواتِ مَحارِمِه إلى ما لا يَظْهَرُ غالبًا ، وإلى الرَّأْسِ والسَّاقين . وهذا المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . واعْلَمْ

---

(١) فى النسختين : « إذا » ، وانظر المغنى ٤٩٣/٩ .

(٢) فى : باب فيما جاء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . ترتيب المسند ٢٥/٢ .

(٣) فى م : « مسلمة » .

(٤) فى الأصل : « وبسبب » .

(٥) فى م : « القيس » .

الشرح الكبير

اسْتَأْذَنَ عليها بعدَ ما أُنْزِلَ الحِجابُ ، فأبَتْ أن تَأْذَنَ له ، فقال النبيُّ ﷺ : « ائْذَنِي له ، فإنَّه عَمُّكِ ، تَرِبَتْ يَمِينُكِ »[1] . وقد ذَكَر اللهُ تعالى آباءَ بُعُولَتِهِنَّ [2]وأبناءَ بُعُولَتِهِنَّ[2] ، كما ذَكَرَ آباءَهُنَّ وأبْناءَهُنَّ فى إبْداءِ الزِّينَةِ لهم . وتَوَقَّفَ أحمدُ عن النَّظَرِ إلى شَعَرِ أمِّ المرْأةِ وبِنْتِها ؛ لأنَّهما غيرُ مَذْكُورَتَيْن فى الآيةِ . قال القاضِى : إنَّما حَكَى قولَ سعيدِ بن جُبَيْرٍ و لم يَأْخُذْ به . وقد صَرَّحَ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ أنَّه مَحْرَمٌ يَجُوزُ له المُسافَرَةُ بها . وقال فى رِوايةِ أبى طالبٍ : ساعةَ يَعْقِدُ عُقْدَةَ النِّكاحِ تَحْرُمُ عليه أُمُّ امْرأتِه ، فله أن يَرَى شَعَرَها ومَحاسِنَها ، ليست مثلَ التى يَزْنِى[3] بها ، لا يَحِلُّ له

الإنصاف

أنَّ حُكْمَ ذَواتِ مَحارِمِه حُكْمُ الأَمَةِ المُسْتامَةِ فى النَّظَرِ ، خِلافًا ومذهبًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقطَع به الأكثرُ . وعنه ، لا يَنْظُرُ مِن ذَواتِ مَحارِمِه إلى غيرِ الوَجْهِ . ذكَرَها فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وعنه ، لا يَنْظُرُ منهُنَّ إلَّا إلى الوَجْهِ والكَفَّين .

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب قوله : ﴿ إن تبدوا شيئًا ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح ، وفى : باب قول النبى ﷺ : تربت يمينك ... ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٥٠/٦ ، ٤٩/٧ ، ٤٥/٨ . ومسلم ، فى : باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٦٩/٢ ، ١٠٧٠ . وأبو داود ، فى : باب فى لبن الفحل ، من كتاب الرضاع . سنن أبى داود ٤٧٤/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٨٩/٥ . وابن ماجه ، فى : باب لبن الفحل ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٧/١ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٥٦/٢ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠١/٢ ، ٦٠٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧/٦ ، ٣٨ ، ١٧٧ ، ١٩٤ ، ٢١٧ ، ٢٧١ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « سرى » .

المقنع وَلِلْعَبْدِ النَّظَرُ إِلَيْهِمَا مِنْ مَوْلَاتِهِ .

الشرح الكبير أبدًا أن يَنْظُرَ إلى شَعَرِها ، ولا إلى شيءٍ مِن جَسَدِها ، وهى حَرامٌ عليه .

فصل : فأمَّا أمُّ المَزْنِىِّ بها وابْنَتُها ، فلا يَحِلُّ له النَّظَرُ إليهنَّ وإن حَرُمَ نِكاحُهُنَّ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَهُنَّ بسَبَبٍ مُحَرَّمٍ ، فلم يُفِدْ إباحَةَ النَّظَرِ ، كالمُحَرَّمَةِ باللِّعانِ . وكذلك بِنتُ المَوْطوءَةِ بشُبْهَةٍ وأُمُّها ، ليستْ مِن ذَواتِ مَحارِمِه . وكذلك الكافِرُ ليس بمَحْرَمٍ لقَرابَتِه المُسْلِمَةِ . قال أحمدُ فى يَهُودِىٍّ أو نَصْرانِىٍّ أَسْلَمَتْ بِنتُه : لا يُسافِرُ بها ، ليس هو مَحْرَمًا لها . (1)والظاهِرُ أنَّه إنَّما أرادَ أنَّه ليس مَحْرَمًا لها(1) فى السَّفَرِ ، أمَّا النَّظَرُ ، فلا يَجِبُ عليها الحِجابُ منه ؛ لأنَّ أبا سُفيانَ أَتَى المدِينةَ وهو مُشْرِكٌ ، فدَخَلَ على ابنتِه أُمِّ حَبِيبَةَ ، فطَوَتْ فِراشَ رسولِ اللهِ ﷺ لِئَلَّا يَجْلِسَ عليه ، ولم تَحْتَجِبْ منه ، ولا أمَرَها به رسولُ اللهِ ﷺ(2) .

٣٠٦٠ – مسألة : (وللعَبدِ النَّظَرُ إلَيْهما مِن مَوْلَاتِهِ) يَعْنِى إلى

الإنصاف **فائدتان** ؛ إحْداهما ، حُكْمُ المَرْأَةِ فى النَّظَرِ إلى مَحارِمِها حُكْمُهم فى النَّظَرِ إليها . قالَه فى « الفُروعِ » وغيرِه . الثَّانيةُ ، ذَواتُ مَحارِمِه ؛ مَن يَحْرُمُ نِكاحُها عليه على التَّأْبيدِ بنَسَبٍ أو سَبَبٍ مُباحٍ ، فلا يَنْظُرُ إلى أُمِّ المَزْنِىِّ بها ، ولا إلى ابْنَتِها ، ولا إلى بِنْتِ المَوْطُوءَةِ بشُبْهَةٍ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم .

قوله : وللعَبْدِ النَّظَرُ إليهما مِن مَوْلاتِه . يَعْنِى إلى الوَجْهِ والكَفَّين . هذا أحدُ

(1 – 1) سقط من : م .

(2) انظر الطبقات الكبرى لابن سعد ٩٩/٨ ، ١٠٠ . وتاريخ الطبرى ٤٦/٣ .

الشرح الكبير

الْوَجْهِ والكَفَّيْنِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ ﴾ . ولما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّى ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[١] . قال التِّرمِذىُّ : هذا حديثٌ حسنٌ صَحيحٌ . وعن أنسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ أتى فاطِمَةَ بعَبْدٍ قد وَهَبَه لها ، وعلى فاطِمَةَ ثَوْبٌ إذا قَنَّعَتْ به رَأْسَها لم يَبْلُغْ رِجْلَيْها ، وإذا غَطَّتْ به رِجلَيْها لم يَبْلُغْ رَأْسَها ، فلمَّا رَأى[٢] رسولُ اللهِ ﷺ ما تَلْقَى ، قال : « إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكِ بَأْسٌ ، إنما هُوَ أَبُوكِ وغُلَامُكِ[٣] » . رَواه أبو داوُدَ[٤] . وأمَّا النَّظَرُ

الإنصاف

القَوْلَين . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » ، واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفائقِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّ للعَبْدِ النَّظَرَ مِن مَوْلاتِه إلى ما يَنْظُرُ إليه الرَّجُلُ مِن ذَواتِ مَحارِمِه ، على ما تقدَّم خِلافًا ومذهبًا . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « الكافِى » . وعنه ، المَنْعُ مِنَ النَّظَرِ للعَبْدِ مُطْلَقًا . نقَلَه ابنُ هانِئٍ . وهو قَوْلٌ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال الشَّارِحُ : وهو قَوْلُ بعضِ أصحابِنا ، وما هو ببعيدٍ .

فائدة : قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِهم ، لا يَنْظُرُ عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ ، ولا يَنْظُرُ الرَّجُلُ أَمَةً مُشْتَرَكَةً ؛ لعُمومِ مَنْعِ النَّظَرِ ، إلَّا مِن عَبْدِها وأَمَتِه . انتهى . وقال

(١) تقدم تخريجه فى ١٨/٣٨٠ ، ١٩/١٩١ .

(٢) فى م : « بلغ » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/٣٧٣ .

المقنع

وَلِغَيْرِ أُولِى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْكَبِيرِ وَالْعِنِّينِ وَنَحْوِهِمَا ، النَّظَرُ إِلَى ذَلِكَ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاحُ .

الشرح الكبير

إلى شَعَرِها ، فكَرِهَه أبو عبدِ اللهِ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وطاوسٌ ، ومجاهِدٌ ، [٦/٨٠ظ] والحَسَنُ . وأباحَه ابنُ عباسٍ ؛ لما ذَكَرْنا مِن الآيةِ والخَبَرَيْن ، ولأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّاتٍ ﴾ إلى قوله : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[1] . ولأنَّه يَشُقُّ التَّحَرُّزُ منه ، فأُبِيحَ له ذلك كذَوِى المحارِمِ . وجَعَلَه بعضُ أصْحابِنا كالأَجْنَبِيِّ . والصَّحِيحُ ما قُلْنا إن شاءَ اللهُ تعالى .

٣٠٦١ – مسألة : (ولغيرِ أُولِى الإِرْبَةِ مِن الرِّجالِ ، كالكَبِيرِ والعِنِّينِ ونَحْوِهما ، النَّظَرُ إلى ذلك . وعنه ، لا يُباحُ) مَن لا شَهْوَةَ له مِن الرِّجالِ ، كالمُخَنَّثِ ، ومَن ذَهَبَتْ شَهْوَتُه لكِبَرٍ أو عُنَّةٍ أو مَرَضٍ لا يُرْجَى

الإنصاف

بعضُ الأصحابِ : للعَبْدِ المُشْتَرَكِ بينَ النِّساءِ النَّظَرُ إلى جَميعِهِنَّ ؛ لوُجودِ الحاجَةِ بالنسْبَةِ إلى الجميعِ . وجزَم به فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، فقال : ولعَبْدٍ ، ولو مُبَعَّضًا ، نظَرُ وَجْهِ سيِّدتِه[2] وكَفَّيْها . وذكَر المُصَنِّفُ فى « فَتاوِيه » أنَّه يجوزُ لهُنَّ جميعِهِنَّ النَّظَرُ إليه ؛ لحاجَتِهِنَّ إلى ذلك ، بخِلافِ الأَمَةِ المُشْتَرَكَةِ بينَ رِجالٍ ، ليس لأَحَدٍ منهم النَّظَرُ إلى عَوْرَتِها .

قوله : ولغيرِ أُولِى الإِرْبَةِ مِنَ الرِّجالِ ، كالكَبِيرِ والعِنِّينِ ونحوِهما ، النَّظَرُ إلى

---

(١) سورة النور ٥٨ .

(٢) فى الأصل ، ط : « سيدة » .

الشرح الكبير

بُرْؤُه ، (١أو الشَّيخِ الخَصِىِّ١) ، فحُكْمُه حُكْمُ ذِى المَحْرَمِ فى النَّظَرِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُوْلِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ ﴾[٢] . أى غيرِ أُولِى الحاجَةِ إلى النِّساءِ . قاله ابنُ عباسٍ . وعنه ، هو المُخَنَّثُ الذى لا يَقُومُ زُبُّه[٣] . وعن مجاهدٍ وقَتادَةَ ، الذى لا أَرَبَ له فى النِّساءِ . فإن كان المُخَنَّثُ ذا شهوةٍ ، ويَعْرِفُ أمْرَ النِّساءِ ، فحُكْمُه حُكْمُ غيرِه ؛ لأنَّ عائشةَ قالت : دَخَلَ على أزواجِ النبيِّ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فكانوا يَعُدُّونَهُ مِن غيرِ أُولِى الإِرْبَةِ ، فدَخَلَ علينا النبيُّ ﷺ وهو يَنْعَتُ امرأةً ، أنَّها إذا أقْبَلَتْ أقبَلَتْ بأَرْبعٍ ، وإذا أَدْبَرَتْ أدْبَرَتْ بثمانٍ . فقال النبيُّ ﷺ : « ألا[٤] أَرَى هَذَا يَعْلَمُ ما هَٰهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُمْ هَذَا » . فحَجَبُوه . رَواه أبو داودَ ، وغيرُه[٥] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ : ليس المُخَنَّثُ الذى تُعْرَفُ فيه

الإنصاف

ذلك . يعْنِى إلى الوَجْهِ والكَفَّين . وهذا أحدُ الوَجْهَين . صحَّحَه فى « النَّظْمِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » . وقيل :

(١ - ١) فى المغنى ٩/٥٠٣ : « أو الخصى أو الشيخ » .

(٢) سورة النور ٣١ .

(٣) فى م : « أربه » .

(٤) فى م : « لا » .

(٥) فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٣ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة الطائف فى شوال ... ، من كتاب المغازى . صحيح البخارى ٥ / ١٩٨ . ومسلم ، فى : باب منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧١٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى المخنثين ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى المؤنث من الرجال ... ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢ / ٧٦٧ .

الشرح الكبير

الفاحِشَةُ خاصَّةً ، وإنَّما التَّخنِيثُ شِدَّةُ التَّأْنِيثِ فى الخِلْقَةِ ، حتى يُشْبِهَ المَرأَةَ فى اللِّينِ ، والكلامِ ، والنَّغمَةِ ، والنَّظَرِ ، والعَقْلِ ، فإذا كان كذلك ، لم يَكُنْ له فى النِّساءِ إرْبٌ ، وكان لا يَفْطِنُ لأُمورِ النِّساءِ ، فهو مِن غيرِ أُولِى الإِرْبَةِ الذين أُبيحَ[1] لهم الدُّخُولُ على النِّساءِ ، ألا تَرَى أنَّ النبىَّ ﷺ لم يَمْنَعْ ذلك المُخَنَّثَ مِن الدُّخولِ على نِسائِه[2] ، فلما سَمِعَه يَصِفُ ابْنَةَ غَيْلانَ ، وفَهِم أمْرَ النِّساءِ ، أمَرَ بحَجْبِه . وعنه ، لا يُباحُ ؛ لأنَّه ذَكَرٌ بالِغٌ أجنبىٌّ ، فلم يُبَحْ له ذلك ، كالذى له إرْبٌ .

الإنصاف

حُكْمُهم حكمُ العَبْدِ مع سيِّدَتِه فى النَّظَرِ . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » : حُكْمُهم حُكْمُ ذِى المَحْرَمِ فى النَّظَرِ . وقطَع به . وقيل : لا يُباحُ لهم النَّظَرُ مُطْلَقًا . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ الخَصِىَّ والمَجْبُوبَ لا يجوزُ لهما النَّظَرُ إلى الأجْنَبِيَّةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال الأثْرَمُ : اسْتَعْظَمَ الإمامُ أحمدُ إدْخالَ الخِصْيانِ على النِّساءِ . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . قال ابنُ عَقِيلٍ : لا تُباحُ خَلْوَةُ النِّساءِ بالخِصْيانِ ولا بالمَجْبُوبِين ؛ لأنَّ العُضْوَ وإنْ تعَطَّلَ أو عُدِمَ ، فشَهْوَةُ الرِّجالِ لا تزُولُ مِن قُلُوبِهم ، ولا يُؤْمَنُ التَّمَتُّعُ بالقُبَلِ وغيرِها ، وكذلك لا يُباحُ خَلْوَةُ الفَحْلِ بالرَّتْقاءِ مِنَ النِّساءِ لهذه العِلَّةِ . انتهى . وقيل : هما كذِى مَحْرَمٍ . وهو احْتِمالٌ فى

---

(١) فى م : « لم يبح » .

(٢) فى م : « النساء » .

المقنع

وَلِلشَّاهِدِ وَالْمُبْتَاعِ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهَا وَمَنْ تُعَامِلُهُ .

الشرح الكبير

٣٠٦٢ – مسألة : (وللشَّاهِدِ النَّظَرُ إلى وَجْهِ المَشْهُودِ عليها) لتكونَ الشَّهادَةُ واقِعَةً على عَيْنِها . قال أحمدُ : لا يَشْهَدُ على امرأةٍ إلَّا أن يكونَ قد عَرَفَها بعَيْنِها . وكذلك مَن يُعامِلُ[1] المرأةَ فى بَيْعٍ أو إجارَةٍ ، فله النَّظَرُ إلى وَجْهِها ، ليَعْرِفَها بعَيْنِها ، فيَرْجِعَ عليها بالدَّرَكِ[2] . وقد رُوِىَ عن أحمدَ كَراهَةُ ذلك فى حَقِّ الشابَّةِ دونَ العَجُوزِ . ولَعَلَّه كَرِهَه لمَن يَخافُ الفِتْنَةَ ، أو يَسْتَغْنِى عن المُعامَلَةِ ، فأمَّا مع الحاجَةِ وعَدَمِ الشَّهْوَةِ ، فلا بَأْسَ .

الإنصاف

« الهِدايَةِ » . قال فى « الفُروعِ » : ونصُّه : لا . وقال فى « الانْتِصارِ » : الخِصَى يَكْسِرُ النَّشاطَ ؛ ولهذا يُؤْمَنُ على الحُرَمِ .

قوله : [٣/٥و] وللشَّاهِدِ والمُبْتاعِ النَّظَرُ إلى وَجْهِ المَشْهُودِ عليها ومَن تُعامِلُه . هذا أحدُ الوَجْهَين . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . والمَنْصوصُ عن أحمدَ أنَّه يَنْظُرُ إلى وَجْهِها وكفَّيْها ، إذا كانتْ تُعامِلُه . وذكَر ابنُ رَزِينٍ أنَّ الشَّاهِدَ والمُبْتاعَ يَنْظُرانِ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا .

فائدة : أَلْحَقَ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » المُسْتَأْجِرَ بالشَّاهِدِ والمُبْتاعِ . زادَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » المُؤْجِرَ والبائعَ . ونقَل حَرْبٌ ومحمدُ بنُ أبِى حَرْبٍ ، فى البائعِ يَنْظُرُ كَفَّها ووَجهَها : إنْ كانتْ عجُوزًا رَجَوْتُ ، وإنْ كانتْ شابَّةً تُشْتَهَى أكْرَهُ ذلك .

(١) فى م : « يقابل » .

(٢) الدرك ، بفتحتين ويسكن : التبعة .

المقنع

وَلِلطَّبِيبِ النَّظَرُ إِلَى مَا تَدْعُو الْحَاجَةُ إِلَى نَظَرِهِ .

وَلِلصَّبِىِّ الْمُمَيِّزِ غَيْرِ ذِى الشَّهْوَةِ النَّظَرُ إِلَى مَا فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ .

الشرح الكبير

٣٠٦٣ – مسألة : (وللطَّبيبِ النَّظَرُ إلى ما تَدْعُو الحاجَةُ إلى نَظَرِهِ) إلَيْه مِن بَدَنِهَا ، مِن العَوْرَةِ وغيرِها ؛ فإنَّه مَوْضِعُ حاجةٍ ، وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ لمَّا حَكَّمَ سعدًا فى بنى قُرَيْظَةَ ، كان يَكْشِفُ عن مُؤْتَزَرِهم[1] . وعن عثمانَ ، أنَّه أُتِىَ بغُلامٍ قد [٨١/٦و] سَرَقَ ، فقال : انظُروا إلى مُؤْتَزَرِه . فلم يَجِدُوه أنْبَتَ الشَّعَرَ ، فلم يَقْطَعْه[2] .

٣٠٦٤ – مسألة : (وللصَّبِىِّ المُمَيِّزِ غَيْرِ ذِى الشَّهْوَةِ النَّظَرُ) مِن[3] المرأةِ (إلى ما فَوْقَ السُّرَّةِ وَتَحتَ الرُّكْبَةِ) فِى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ؛

الإنصاف

تنبيه : إباحَةُ نَظَرِ هؤلاءِ مُقَيَّدٌ بحاجَتِهما .

فائدة : مَن ابْتُلِىَ بخِدْمَةِ مَرِيضٍ أو مَرِيضَةٍ ؛ فى وُضوءٍ أو اسْتِنْجاءٍ أو غيرِهما ، فحُكْمُه حُكْمُ الطَّبِيبِ فى النَّظَرِ والمَسِّ . نصَّ عليه . وكذا لو حلَق عانَةَ مَن لا يُحْسِنُ حَلْقَ عانَتِه . نصَّ عليه . وقالَه أبو الوَفاءِ ، وأبو يعْلَى الصَّغِيرُ .

قوله : وللصَّبِىِّ المُمَيِّزِ غيرِ ذِى الشَّهْوَةِ النَّظَرُ إلى ما فوقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبَةِ .

---

(١) فى الأصل : « عوراتهم » .
والحديث تقدم تخريجه فى ٨٤/١٠ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب البلوغ بالإنبات ، من كتاب الحجر . السنن الكبرى ٥٨/٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب لا حد على من لم يبلغ الحلم ووقت الحلم ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب لا قطع على من لم يحتلم ، من كتاب اللقطة . المصنف ٧ / ٣٣٨ ، ١٠ / ١٧٧ ، ١٧٨ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الغلام يسرق أو يأتى الحد ، من كتاب الحدود . المصنف ٩ / ٤٨٥ .

(٣) فى م : « إلى » .

المقنع

فَإِنْ كَانَ ذَا شَهْوَةٍ ، فَهُوَ كَذِى الْمَحْرَمِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ كَالْأَجْنَبِىِّ .

الشرح الكبير

لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ ﴾[1] . وقال : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُواْ كَمَا اسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ ﴾[2] . فدَلَّ على التَّفريقِ بينَ البالغِ وغيرِه . قال أبو عبدِ اللهِ : حَجَم أبو طَيْبَةَ أزواجَ النبىِّ ﷺ وهو غُلامٌ[3] . والرِّوايَةُ الأُخْرَى ، حُكْمُه حُكْمُ ذِى المَحْرَمِ فى النَّظَرِ ، إذا كان ذا شَهْوَةٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُواْ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾[4] . قيل لأبى عبدِ اللهِ : متى تُغَطِّى المرأةُ رَأْسَها مِن الغُلامِ ؟ قال : إذا بَلَغ عشْرَ سِنِينَ .

٣٠٦٥ – مسألة : (فإن كان ذا شَهْوَةٍ ، فهو كذى المَحْرَمِ) لقولِه تعالى : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ ﴾ . الآية (وعنه ، أنَّه

الإنصاف

هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، هو كالمَحْرَمِ . وأطْلَقَ فى « الكافِى » ، فى المُمَيِّز[5] رِوايتَيْن .

قوله : فإنْ كان ذا شَهْوَةٍ فهو كذِى المَحْرَمِ . وهو المذهبُ . اخْتارَه ابنُ

---

(١) سورة النور ٥٨ .

(٢) سورة النور ٥٩ .

(٣) انظر : ما أخرجه مسلم ، فى : باب لكل داء دواء واستحباب التداوى ، من كتاب السلام . صحيح مسلم ٤ / ١٧٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى العبد ينظر إلى شعر مولاته ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢ / ٣٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب الحجامة ، من كتاب الطب . سنن ابن ماجه ٢ / ١١٥١ ، ١١٥٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٣٥٠ .

(٤) سورة النور ٣١ .

(٥) فى ط ، ا : « المميزة » .

الشرح الكبير

كالأجْنَبِىِّ) لأنه فى مَعْنَى البالِغِ فى الشَّهْوَةِ ، وهو المَعْنَى المُقْتَضِى للحِجابِ وتَحْرِيمِ النَّظَرِ ، ولقولِه تعالى : ﴿ أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ ﴾ . فأمَّا الغلامُ الطِّفلُ غيرُ المُميِّزِ ، فلا يَجِبُ الاسْتِتارُ منه فى شئٍ .

الإنصاف

عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، أنَّه كالأجْنَبِىِّ . وأطْلَقهما فى « الكافِى » ، و « الفائقِ » ، و « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » . وقيل : كالطِّفْلِ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قلتُ : وهو ضعيفٌ جدًّا . وقال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » : فهو كذِى مَحْرَمٍ . وعنه ، كأَجْنَبِىٍّ . وعنه ، كأَجْنَبِىٍّ بالغٍ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، حُكْمُ بِنْتِ تِسعٍ حُكْمُ المُمَيِّزِ ذِى الشَّهْوَةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وذكَر أبو بَكْرٍ قوْلَ أحمدَ فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ ، رِوايَةً عن النَّبِىِّ ﷺ : « إذا بلَغَتِ المَحِيضَ[1] ، فلا تَكْشِفُ إلَّا وَجْهَها ويَدَيْها »[2] . ونقَل جَعْفَرٌ ، فى الرَّجُلِ عندَه الأرْمَلَةُ واليَتِيمَةُ ، لا يَنْظُرُ . وأنَّه لا بَأْسَ بنَظَرِ الوَجْهِ بلا شَهْوَةٍ . الثَّانيةُ ، لا يَحْرُمُ النَّظَرُ إلى عَوْرَةِ الطِّفْلِ والطِّفْلَةِ قبلَ السَّبْعِ ، ولا لَمْسُها . نصَّ عليه . نقَل الأثْرَمُ ، فى الرَّجُلِ يضَعُ الصَّغيرَةَ فى حِجْرِه ويُقَبِّلُها ، إنْ لم يجِدْ شَهْوَةً فلا بَأْسَ . ولا يجِبُ سَتْرُهما مع أمْنِ الشَّهْوَةِ . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى

(١) فى الأصل ، ط : « الحيض » .

(٢) سيأتى تخريجه فى صفحة ٦٣ .

المقنع

وَلِلْمَرْأَةِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَالرَّجُلِ مَعَ الرَّجُلِ ، النَّظَرُ إِلَى مَا عَدَا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْكَافِرَةَ مَعَ الْمُسْلِمَةِ كَالْأَجْنَبِيِّ .

الشرح الكبير

٣٠٦٦ – مسألة : (وللمرأةِ مع المرأةِ ، والرجلِ مع الرجلِ ، النَّظَرُ إلى ما عدا ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . وعنه ، أنَّ الكافِرَةَ مع المُسْلِمَةِ كالأَجْنَبِيِّ) يَجوزُ للرجلِ مع الرجلِ النَّظَرُ مِن صاحِبِه إلى ما ليس بعَوْرَةٍ . وفيها رِوايتان ؛ إحداهما ، ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . والأُخْرَى ، الفَرْجان . وقد ذَكَرْناهما فى بابِ سَتْرِ العَوْرَةِ[1] . ولا فَرْقَ بينَ الأَمْرَدِ وذى اللِّحْيَةِ ، إلَّا أنَّ الأَمْرَدَ إذا كان جميلًا ، يُخافُ الفِتْنَةُ بالنَّظرِ إليه ، لم يَجُزْ تَعَمُّدُ النَّظرِ

الإنصاف

الصَّغِيرِ » . وقال فى « الفائقِ » : ولا بَأْسَ بالنَّظَرِ إلى طِفْلَةٍ غيرِ صالحَةٍ للنِّكاحِ بغيرِ شَهْوَةٍ . وهل هو مَحْدودٌ بدُونِ السَّبْعِ ، أو بدُونِ ما تُشْتَهَى غالبًا ؟ على وَجْهَيْن .

قوله : وللمَرْأَةِ مع المَرْأَةِ ، والرَّجُلِ مع الرَّجُلِ ، النَّظَرُ إلى ما عَدا ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . يجوزُ للمَرْأَةِ المُسْلِمَةِ النَّظَرُ مِنَ المَرْأَةِ المُسْلِمَةِ إلى ماعَدا ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، والمُصَنِّفُ هنا ، وصاحِبُ « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّها لا تنْظُرُ منها إلَّا إلى غيرِ العَوْرَةِ . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُنَوِّرِ » . ولعَلَّ مَن قطَع أوَّلًا أرادَ هذا . لكِنَّ صاحِبَ « الرِّعايَةِ » غايَرَ بينَ

---

(١) فى : ٣/٢٠٠ .

الشرح الكبير

إليه . فقد رُوِىَ عن الشَّعْبِىِّ ، قال : قَدِمَ وَفْدُ عبدِ القَيْسِ على النبىِّ ﷺ ، وفيهم غُلامٌ أمْرَدُ ، ظاهِرُ الوَضاءَةِ ، فأجْلَسَه النبىُّ ﷺ وراءَ ظَهْرِه . رَواه أبو حَفْصٍ[1] . قال المَرُّوذِىُّ : سَمِعْتُ أبا بكرٍ الأَعْيَنَ[2] يقولُ : قَدِم علينا إنسانٌ مِن خُراسانَ ، صَدِيقٌ لأبى عبدِ اللهِ ، ومعه غلامٌ ابنُ أختٍ

الإنصاف

القَوْلَين . (3)وهو الظَّاهِرُ(3) . (4)ومُرادُهم بعَوْرَةِ المَرْأَةِ هنا كعَوْرَةِ الرَّجُلِ على الخِلافِ . صرَّح به الزَّرْكَشِىُّ فى « شَرْحِ الوَجيزِ »(4) . وأمَّا الكافِرَةُ مع المُسْلِمَةِ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ أنَّ حُكْمَها حُكْمُ المُسْلِمَةِ مع المُسْلِمَةِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وصحَّحه فى « الكافِى » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا تنْظُرُ الكافِرَةُ مِنَ المُسْلِمَةِ مالا يَظْهَرُ غالبًا . وعنه ، هى معها كالأَجْنَبِىِّ . قدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وقالوا : نصَّ عليه . وقطَع به الحَلْوانِىُّ فى « التَّبْصِرَةِ » . واسْتَثْنَى القاضى أبو يَعْلَى ، على هذه الرِّوايَةِ ، الكافِرَةَ المَمْلُوكَةَ لمُسْلِمَةٍ ، فإنَّه يجوزُ أنْ تظْهَرَ على مَوْلاتِها كالمُسْلِمَةِ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » .

---

(1) قال ابن حجر : إسناده واهٍ ، انظر : باب ماجاء فى استحباب النكاح ، من كتاب النكاح . التلخيص ١٤٨/٣ . وإرواء الغليل ٢١٢/٦ .

(2) هو محمد بن أبى عتاب الحسن بن طريف البغدادى ، الأعين ، أبو بكر . الإمام الحافظ الثبت ، قال عنه أحمد : إنى لأغبطه ، مات ومايعرف إلا الحديث ، و لم يكن صاحب كلام . توفى سنة أربعين ومائتين . سير أعلام النبلاء ١١٩/١٢ ، ١٢٠ .

(3 - 3) سقط من : ط .

(4 - 4) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير

له ، وكان جميلًا ، فمَضَى إلى أبى عبدِ اللهِ فحَدَّثَه ، فلَمّا قُمْنا (1) خَلا بالرجلِ (1) ، وقال له : مَن هذا الغلامُ منك ؟ قال : ابنُ أخْتِى . قال : إذا جِئْتَنِى لا يكونُ معك ، والذى أرَى لك أن (2) لا يَمْشِىَ معك فى طريقٍ . فأمَّا الغلامُ قبلَ السَّبْعِ ، فلا عَوْرَةَ له يَحْرُمُ النَّظَرُ إليها . وقد رُوِىَ عن ابنِ أبى لَيْلَى ، (3) عن أبيه (3) ، قال : كنا جُلُوسًا عندَ النبىِّ ﷺ ، قال : فجاءَ الحسنُ ، فجَعَلَ يَتَمَرَّغُ عليه ، فرَفَعَ مُقَدَّمَ قَمِيصِه ، أُراه (4) قال : فقَبَّلَ زُبَيْبَتَه (5) . رَواه أبو حَفْصٍ (6) .

فصل : وحُكْمُ المرأةِ مع المرأةِ والرجلِ مع الرجلِ سَواءٌ ، ولا فَرْقَ بينَ المُسْلِمَتَيْن (7) ، وبينَ المُسْلِمَةِ مع (8) الكافِرَةِ ، كما لا فَرْقَ بينَ الرجلَيْن المسلمَيْن ، وبينَ المُسْلِمِ والذِّمِّىِّ ، فى النَّظَرِ . قال أحمدُ : ذَهَب بعضُ

الإنصاف

فائدة : يجوزُ أنْ تكونَ الكافِرَةُ قابِلَةً للمُسْلِمَةِ للضَّرُورَةِ ، وإلَّا فلا . نصَّ عليه [٣/٥ظ] . وأمَّا الرَّجُلُ مع الرَّجُلِ ، ولو كان أمْرَدَ ، فالمذهبُ ، أنَّه (9) لا يَنْظُرُ منه إلى ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ (9) . وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الفُروعِ »

(1 - 1) فى م : « جاء إلى الرجل » .

(2) سقط من : الأصل .

(3 - 3) سقط من النسختين . وانظر المغنى ٥٠٥/٩ .

(4) فى الأصل : « إزاره » .

(5) فى م : « استه » .

(6) تقدم تخريجه فى ٣٢/٢ .

(7) فى الأصل : « المسلمين » .

(8) فى م : « و » .

(9 - 9) فى ط : « ينظر منه إلى غير العورة » .

الشرح الكبير

النّاسِ إلى أنَّها لا تَضَعُ خِمارَها عندَ اليَهُودِيَّةِ والنَّصْرانِيَّةِ ، وأمّا أنا فأذْهَبُ إلى أنَّها لا تَنْظُرُ إلى الفَرْجِ ، ولا تَقْبَلُها [٨١/٦ظ] حينَ تَلِدُ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ المُسْلِمَةَ لا تَكْشِفُ قِناعَها عندَ الذِّمِّيَّةِ ، ولا تَدْخُلُ معها الحَمَّامَ . وهو قولُ مَكْحُولٍ ، وسُليمانَ بنِ[1] مُوسَى ؛ لقولِه تعالى : ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾[2] . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّ النِّساءَ الكَوافِرَ[3] مِن اليَهُودِيّاتِ وغيرِهِنَّ ، قد كُنَّ يَدْخُلْنَ على نِساءِ النبىِّ ﷺ ، فلم يَكُنَّ يُحْجَبْنَ ، ولا أُمِرْنَ بِحِجابٍ ، وقد قالت عائشةُ : جاءت يَهُودِيَّةٌ تَسْألُها ، فقالت : أعاذَكِ اللهُ مِن عَذابِ القَبْرِ : فسألَتْ عائشةُ رسولَ اللهِ ﷺ . وذَكَر الحديثَ[4] . وقالت أسماءُ : قَدِمَتْ علَىَّ أُمِّى ، وهى راغِبَةٌ - يَعْنِى

الإنصاف

وغيرِه . وقدَّمه[5] فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، وقال[6] : وقيل : يَنْظُرُ غيرَ العَوْرَةِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه كالأوَّلِ ، لكِنْ عندَ صاحِبِ « الرِّعايَةِ » أنَّه أعَمُّ مِنَ الأوَّلِ .

---

(١) بعده فى م : « أبى » .

(٢) سورة النور ٣١ .

(٣) سقط من : م .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب التعوذ من عذاب القبر ، وباب صلاة الكسوف فى المسجد ، من كتاب الصلاة . وفى : باب ما جاء فى عذاب القبر ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٤٥/٢ ، ٤٧ ، ١٢٣ . ومسلم ، فى : باب ذكر عذاب القبر فى صلاة الخسوف ، من كتاب الكسوف . صحيح مسلم ٦٢١/٢ ، ٦٢٢ . والنسائى ، فى : باب نوع آخر ، من كتاب الكسوف . المجتبى ١٠٩/٣ ، ١١٠ . والدارمى ، فى : باب الصلاة عند الكسوف ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ٣٥٩/١ . والإمام مالك ، فى : باب العمل فى صلاة الكسوف ، من كتاب صلاة الكسوف . الموطأ ١٨٧/١ ، ١٨٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥٣/٦ ، ١٧٤ ، ٢٣٨ .

(٥) فى ط : « قال » .

(٦) فى ط : « ينظر ما بين السرة والركبة » .

المقنع

وَيُبَاحُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إِلَى غَيْرِ الْعَوْرَةِ . وَعَنْهُ ، لَا يُبَاحُ .

الشرح الكبير

عن الإسلامِ – فسألتُ رسولَ اللهِ ﷺ أفأَصِلُها ؟ قال : « نَعَمْ »[1] . ولأنَّ الحَجْبَ بينَ الرجالِ والنِّساءِ لمَعْنًى لا يُوجَدُ بينَ المسلمةِ والذِّمِّيَّةِ ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ الحَجْبُ بينَهما ، كالمسْلمِ مع الذِّمِّيِّ ، ولأنَّ الحِجابَ إمّا أن يَجبَ بنَصٍّ أو قياسٍ ، ولم يُوجَدْ واحِدٌ منهما . فأمّا قولُه : ﴿ أَوْ نِسَآئِهِنَّ ﴾ . فيَحْتَمِلُ أن يكونَ أرادَ جُمْلَةَ النِّساءِ .

٣٠٦٧ – مسألة : (ويُبَاحُ للمرأةِ النَّظَرُ مِن الرجلِ إلى غيرِ العَوْرَةِ . وعنه ، لا يُبَاحُ) وهذه إحْدَى الرِّوايَتَيْن . والأُخْرَى ، لا يُباحُ لها النَّظَرُ مِن الرجلِ إلَّا إلى مثلِ ما يَنْظُرُ إليه منها . اخْتارَه أبو بكرٍ . وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ ؛ لما رَوَى الزُّهْرِيُّ ، عن نَبْهانَ ، عن أمِّ سَلَمَةَ ، قالت : كنتُ قاعِدَةً عندَ النبيِّ ﷺ أنا وحَفْصَةُ ، فاسْتأْذَنَ ابنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فقال النبيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّهُ ضَرِيرٌ لَا يُبْصِرُ . قال : « أَفَعَمْيَاوَانِ أَنْتُمَا لَا تُبْصِرَانِه ! » . رَواه أبو داودَ ، وغيرُه[2] .

الإنصاف

قوله : ويُباحُ للمَرْأةِ النَّظَرُ مِنَ الرَّجُلِ إلى غيرِ العَوْرَةِ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « المُحَرَّرِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وعنه ، يُباحُ لها النَّظَرُ منه إلى ما يَظْهَرُ غالبًا . وعنه ، لا يُباحُ النَّظَرُ إليه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

(١) تقدم تخريجه فى ٧/٢٩٦ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله : ﴿ غير أولى الإربة ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/٣٨٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى احتجاب النساء من الرجال ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠/٢٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٩٦ .

الشرح الكبير

ولأنَّ اللهَ تعالى أمَرَ النِّساءَ بغَضِّ أَبْصارِهِنَّ كما أمَرَ الرِّجالَ به ، ولأنَّهنَّ أحدُ نَوْعَيِ الآدَمِيِّينَ ، فحَرُمَ عليهنَّ النَّظَرُ إلى النَّوْعِ الآخرِ قِياسًا على الرِّجالِ ، يُحَقِّقُه أنَّ المَعْنَى المُحَرِّمَ على الرجلِ خَوْفُ الفِتْنَةِ ، وهذا فى المرأةِ أبْلَغُ ، فإنَّها أشَدُّ شَهْوَةً ، وأقَلُّ عَقْلًا ، فتَسارُعُ الفِتْنَةِ إليها أكثرُ . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ لفاطمةَ بنتِ قيسٍ : « اعْتَدِّى فِى بَيْتِ ابْنِ [1] أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيَابَكِ فَلَا يَرَاكِ » . وقالت عائشةُ : كان رسولُ اللهِ ﷺ يَسْتُرُنِى بردائِه ، وأنا أنْظُرُ إلى الحَبَشَةِ يَلْعبونَ فى المسجدِ . مُتَّفَقٌ

الإنصاف

و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقطَع به ابنُ البَنَّا . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه القاضى . نَقَله الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » . وقال ابنُ عَقِيلٍ أيضًا : يحْرُمُ النَّظَرُ . ونقَل القاضى أيضًا عن أبى بَكْرٍ الكَراهَةَ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ والقاضى كَراهَةُ نظَرِها إلى وَجْهِه وبَدَنِه وقدَمَيْه . واخْتارَ الكَراهَةَ . وقيل : (2) لا يحْرُمُ (2) النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا وقتَ مِهْنَةٍ وغَفْلَةٍ .

تنبيه : قال فى « الفُروعِ » : أَطْلَقَ الأصحابُ إباحَةَ النَّظَرِ للمَرْأَةِ إلى غيرِ العَوْرَةِ مِنَ الرَّجُلِ . ونقَل الأَثْرَمُ ، يَحْرُمُ النَّظَرُ على أزْواجِ النَّبِىِّ ﷺ . قال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » : قال أبو بَكْرٍ : لا تخْتَلِفُ الرِّوايَةُ أنَّه لا يجوزُ لهُنَّ . قال فى « الفُروعِ » : ويُؤَيِّدُ الأوَّلَ أنَّ أحمدَ لم يُجِبْ بالتَّخْصِيصِ فى الأخْبارِ التى فى المَسْأَلَةِ . وقال القاضى فى « الرِّوايتَيْن » : يجوزُ لهُنَّ . رِوايَةً واحِدَةً ؛ لأَنَّهُنَّ فى

---

(1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) فى ط : « يحرم » .

الشرح الكبير

عليهما[1] . ولمَّا فَرَغ النبيُّ ﷺ مِن خُطْبَةِ العيدِ ، مَضَى إلى النِّساءِ فذَكَّرهُنَّ ، ومعه بلالٌ فأمَرَهُنَّ بالصَّدَقَةِ[2] . ولأنَّهُنَّ لو مُنِعْنَ النَّظَرَ

الإنصاف

حُكْمِ الأُمَّهاتِ فى الحُرْمَةِ والتَّحْريمِ ، فجازَ ،مع[3] مُفارَقَتِهِنَّ فى هذا القَدْرِ بَقِيَّةَ النِّساءِ . قلتُ : وهذا أوْلَى .

(١) الحديث الأول ليس عند البخارى . وانظر تحفة الأشراف ٤٦٩/١٢ ، ٤٧٠ . وتلخيص الحبير ١٥١/٣ ، ١٦٥ .

وتقدم تخريجه فى ١٨١/١١ ، وهو عند مسلم فى : باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها . صحيح مسلم ١١١٤/٢ - ١١٢٠ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، وباب خطبة الرجل إذا ترك الخاطب أو أذن له ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٢/٦ ، ٦١ . والدارمى ، فى : باب النهى عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٥/٢ ، ١٣٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٣/٦ ، ٤١١ - ٤١٣ ، ٤١٦ ، ٤١٧ .

والثانى ، أخرجه البخارى ، فى : باب أصحاب الحراب فى المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفى : باب الحراب والدروق يوم العيد ، وباب إذا فاته العيد يصلى ركعتين ، من كتاب العيدين ، وفى : باب قصة الحبش وقول النبى ﷺ : يا بنى أرفدة ، من كتاب المناقب ، وفى : باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٢٣/١ ، ٢٠/٢ ، ٢٩ ، ٢٢٥/٤ ، ٤٨/٧ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب الرخصة فى اللعب الذى لا معصية فيه ... ، من كتاب صلاة العيدين . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ - ٦١٠ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد ، من كتاب العيدين . المجتبى ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٨٤/٦ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب المشى والركوب إلى العيد بغير أذان ولا إقامة ، وباب خروج الصبيان إلى المصلى ، وباب العلم الذى بالمصلى ، وباب موعظة الإمام النساء يوم العيد ، من كتاب العيدين ، وفى : باب : ﴿ والذين لم يبلغوا الحلم منكم ﴾ ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٣/٢ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٥١/٧ ، ٥٢ . ومسلم ، فى : أول كتاب العيدين . صحيح مسلم ٦٠٢/٢ - ٦٠٤ . وأبو داود ، فى : باب الخطبة يوم العيد ، وباب ترك الأذان فى العيد ، من كتاب الصلاة . سنن أبى داود ٢٦١/١ ، ٢٦٢ . والنسائى ، فى : باب قيام الإمام فى الخطبة متوكئا على إنسان ، من كتاب العيدين . المجتبى ١٥٢/٣ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى صلاة العيدين ، من كتاب الإقامة . سنن ابن ماجه ٤٠٦/١ . والدارمى ، فى : باب صلاة العيدين بلا أذان ولا إقامة ... ، وباب الحث على الصدقة يوم العيد ، من كتاب الصلاة . سنن الدارمى ٣٧٦/١ - ٣٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣١/١ ، ٢٩٦/٣ ، ٣١٠ ، ٣١٤ ، ٣١٨ .

(٣) سقط من : الأصل ، ا .

الشرح الكبير

لوَجَبَ على الرِّجالِ الحِجابُ كما وَجب على النِّساءِ ، لِئلَّا يَنْظُرْن إليهم . فأمَّا حديثُ نَبْهانَ ، فقال أحمدُ : نَبْهانُ روَى حَدِيثَيْنِ عَجِيبَيْن . هذا الحديثُ ، والآخرُ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكاتَبٌ ، فَلْتَحْتَجِبْ

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، يجوزُ النَّظَرُ مِنَ الأَمَةِ وممَّن لا تُشْتَهَى ؛ كالعَجُوزِ ، والبَرْزَةِ ، والقَبِيحَةِ ، ونحوِهم إلى غيرِ عَوْرَةِ الصَّلاةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . واخْتارَ المُصَنِّفُ والشَّارِحُ جوازَ النَّظَرِ مِن ذلك إلى ما لا يَظْهَرُ غالِبًا . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : ويُباحُ نَظَرُ وَجْهِ كلِّ عَجُوزٍ بَرْزَةٍ هِمَّةٍ[1] ، ومَن لا تُشْتَهَى مثلُها غالِبًا ، وما ليس بعَوْرَةٍ منها ولَمْسُه ، ومُصافَحَتُها والسَّلامُ عليها إنْ أَمِنَ على نفْسِه . ومَعْناه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى » . ونقَل حَنْبَلٌ ، إنْ لم تَخْتَمِرِ الأَمَةُ فلا بَأْسَ . وقيل : الأَمَةُ والقَبِيحَةُ كالحُرَّةِ والجَمِيلَةِ . ونقَل المَرُّوذِىُّ ، لا ينْظُرُ إلى المَملوكَةِ ، كم مِن نَظْرَةٍ أَلْقَتْ فى قَلْبِ صاحِبِها البَلابِلَ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، لا تَنْتَقِبُ الأَمَةُ . ونقَل أيضًا ، تَنْتَقِبُ الجَمِيلَةُ . وكذا نقَل أبو حامِدٍ الخَفَّافُ . قال القاضى : يمْكِنُ حَمْلُ ما أطْلَقَه على ما قيَّدَه . قلتُ : الصَّوابُ أنَّ الجَمِيلَةَ تَنْتَقِبُ ، وأنَّه يَحْرُمُ النَّظَرُ إليها كما يَحْرُمُ النَّظَرُ إلى الحُرَّةِ الأَجْنَبِيَّةِ .

تنبيه : حيث قُلْنا : يُباحُ . ففى تَحْريمِ تَكْرارِ نَظَرِ وَجْهٍ مُسْتَحْسَنٍ وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قلتُ : الصَّوابُ التَّحْريمُ . ومنها ، الخُنْثَى المُشْكِلُ فى النَّظَرِ إليه كالمَرْأَةِ ؛ تغْلِيبًا لجانِبِ الحَظْرِ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَخَرَّجُ وَجْهٌ مِن سَتْرِ العَوْرَةِ فى الصَّلاةِ ، أنَّه كالرَّجُلِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وإنْ تَشَبَّهَ خُنْثَى مُشْكِلٌ بذَكَرٍ أو أُنْثَى ، أو مالَ إلى أحَدِهما ، فله حُكْمُه

(١) الهمة : المرأة الكبيرة الفانية .

الشرح الكبير

مِنْهُ »[1] . كأنَّه أشارَ إلى ضَعْفِ حَدِيثِه ، إذ لم يَرْوِ إلَّا هذَيْن الحَديثَيْن المُخالفَيْن للأُصُولِ . وقال ابنُ عبدِ البرِّ : نَبْهانُ مَجْهُولٌ ، لا يُعْرَفُ إلَّا بِروايَةِ الزُّهْرِىِّ عنه هذا الحَديثَ . وحديثُ فاطمةَ صَحِيحٌ ، فالحُجَّةُ به لازِمَةٌ ، ثم يَحْتَمِلُ أنَّ حديثَ نَبْهانَ خاصٌّ لأزواجِ رسولِ اللهِ ﷺ . كذلك قال أحمدُ ، وأبو داودَ . قال [٦/٨٢و] الأثْرَمُ : قُلْتُ لأبى عبدِ اللهِ : كان حديثُ نَبْهانَ لأزواجِ رسولِ اللهِ ﷺ خاصَّةً ، وحديثُ فاطمةَ لسائرِ النَّاسِ ؟ قال : نعم . وإن قُدِّرَ التَّعارُضُ فتَقْدِيمُ الأحاديثِ الصَّحِيحَةِ أَوْلَى مِن الأخْذِ بحَديثٍ مُفْرَدٍ فى إسنادِه مَقالٌ .

الإنصاف

فى ذلك . وقال : قلتُ : لا يُزَوَّجُ بحالٍ ، فإنْ خافَ الزِّنَى ، صامَ أو اسْتَمْنَى ، وإلَّا فهو مع امْرأَةٍ كالرَّجُلِ ، ومع رَجُلٍ كامْرَأَةٍ . ومنها ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وأكثرِ الأصحابِ ، أنَّه لا يجوزُ للرَّجُلِ النَّظَرُ إلى غيرِ مَن تقدَّم ذِكْرُه ، فلا يجوزُ له النَّظَرُ إلى الأجْنَبِيَّةِ قَصْدًا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . وجوَّز جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ نَظَرَ الرَّجُلِ مِنَ الحُرَّةِ الأجْنَبِيَّةِ إلى ما ليس بعَوْرَةِ صلاةٍ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » فى آدابِه . وذكَرَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ رِوايَةً . قال القاضى : المُحَرَّمُ ماعَدا الوَجْهَ والكَفَّيْنِ . وصرَّح القاضى فى « الجامِعِ » أنَّه لا يجوزُ النَّظَرُ إلى المَرْأَةِ الأجْنَبِيَّةِ لغيرِ حاجَةٍ . ثم قال : النَّظَرُ إلى العَوْرَةِ مُحَرَّمٌ ، وإلى غيرِ [٣/٦٦و] العَوْرَةِ مَكْرُوهٌ . وهكذا ذكَر ابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الحُسَيْنِ . وقال أبو الخَطَّابِ : لايجوزُ النَّظَرُ لغيرِ مَن ذكَرْنا ، إلَّا أنَّ القاضِىَ أطْلَقَ هذه العِبارَةَ ، وحكَى الكَراهَةَ فى غيرِ العَوْرَةِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : هل يَحْرُمُ النَّظَرُ إلى وَجْهِ الأجْنَبِيَّةِ لغيرِ حاجَةٍ ؟ رِوايَةٌ عن

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٨/ ٣٨٠ ، ١٩/١٩١ .

المقنع وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْغُلَامِ لِغَيْرِ شَهْوَةٍ .

الشرح الكبير **٣٠٦٨** – مسألة : (ويَجُوزُ النَّظَرُ إلى الغُلامِ لغَيْرِ شَهْوَةٍ) فأمَّا النَّظَرُ إليه لشَهْوَةٍ فلا يُباحُ ؛ لأنَّها تَدْعُو إلى الفِتْنَةِ ، وقد ذَكَرْنا ذلك .

الإنصاف أحمدَ ، يُكْرَهُ ولا يَحْرُمُ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا يَحْرُمُ النَّظَرُ إلى وَجْهِ الأَجْنَبِيَّةِ إذا أَمِنَ الفِتْنَةَ . انتهى . قلتُ : وهذا الذى لا يسَعُ النَّاسَ غيرُه ، خُصوصًا للجيرانِ والأقاربِ غيرِ المحارِمِ ، الذى نشَأ بينَهم . وهو مذهبُ الشَّافِعِىِّ . ويأْتِى فى آخِرِ العِدَدِ ، هل يجوزُ أنْ يخْلُوَ بمُطَلَّقَتِه ، أو أجْنَبِيَّةٍ ، أمْ لا ؟

قوله : ويجوزُ النَّظَرُ إلى الغُلامِ لغيرِ شَهْوَةٍ . النَّظَرُ إلى الأَمْرَدِ لغيرِ شَهْوَةٍ على قِسْمَيْن ؛ أحدُهما ، أنْ يَأْمَنَ ثَورانَ الشَّهْوَةِ . فهذا يجوزُ له النَّظَرُ مِن غيرِ كَراهَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم . وقالَه أبو حَكِيمٍ وغيرُه ، ولكِنَّ ترْكَه أوْلَى . صرَّح به ابنُ عَقِيلٍ ، قال : وأمَّا تَكْرارُ النَّظَرِ فمَكْرُوهٌ . وقال أيضًا فى كِتابِ القَضاءِ : تَكْرارُ النَّظَرِ إلى الأَمْرَدِ مُحَرَّمٌ ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ بغيرِ شَهْوَةٍ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : ومَن كرَّرَ النَّظَرَ إلى الأَمْرَدِ أو داوَمَه ، وقال : إنِّى لا أنْظُرُ لِشَهْوَةٍ . فقد كذَب فى ذلك . وقال القاضى : نظَرُ الرَّجُلِ إلى وَجْهِ الأَمْرَدِ مَكْروهٌ . وقال ابنُ البَنَّا : النَّظَرُ إلى الغُلامِ الأَمْرَدِ الجَمِيلِ مَكْروهٌ . نصَّ عليه . وكذا قال أبو الحُسَيْنِ . القِسْمُ الثَّانى ، أنْ يخافَ مِنَ النَّظَرِ ثَوَرانَ الشَّهْوَةِ . فقال الحَلْوانِىُّ : يُكْرَهُ . وهل يَحْرُمُ ؟ على وَجْهَين . وحكَى صاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ثلاثَةَ أوْجُهٍ ؛ التَّحْرِيمُ ، وهو مَفْهومُ كلامِ صاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، فإنَّه قال : يجوزُ لغيرِ شَهْوَةٍ إذا أَمِنَ ثَوَرانَها . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، فقال : أصحُّ الوَجْهَين ، لا يجوزُ . كما أنَّ الرَّاجِحَ فى مذهبِ أحمدَ ، أنَّ النَّظَرَ إلى وَجْهِ الأَجْنَبِيَّةِ مِن غيرِ حاجَةٍ لا يجوزُ ،

المقنع

وَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى أَحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنَا لِشَهْوَةٍ .

الشرح الكبير

٣٠٦٩ – مسألة : (ولا يَجُوزُ النَّظَرُ إلى أحَدٍ مِمَّنْ ذَكَرْنا لشَهْوَةٍ) لِما ذَكَرْنا مِن خَوْفِ الفِتْنَةِ . ومَعْنَى الشَّهْوَةِ ، أنَّه يَتَلَذَّذُ بالنَّظَرِ إليه . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

وإنْ كانتِ الشَّهْوَةُ مُنْتَفِيَةً لكِنْ يُخافُ ثَوَرانُها . وقال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[1] : إذا كان الأمْرَدُ جميلًا يُخافُ الفِتْنَةُ بالنَّظَرِ إليه ، لم يَجُزْ تعَمُّدُ النَّظَرِ إليه . قال فى « الفُروعِ » : ونصُّه ، يحْرُمُ النَّظَرُ خَوْفَ الشَّهْوَةِ . والوجْهُ الثَّانى ، الكَراهَةُ . وهو الذى ذكَرَه القاضى فى « الجامعِ » . وجزَم به النَّاظِمُ . والوَجْهُ الثَّالثُ ، الإباحَةُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ . والمَنْقولُ عن أحمدَ ، كَراهَةُ مُجالَسَةِ الغُلامِ الحسَنِ الوَجْهِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : ويَحْرُمُ نَظَرُ الأمْرَدِ لشَهْوَةٍ ، ويجوزُ بدُونِها مع أمْنِها . وقيل : وخَوْفِها . وقال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ خافَ ثَوَرانَها ، فوَجْهان .

فائدة : قال ابنُ عَقِيلٍ : يَحْرُمُ النَّظَرُ مع شَهْوَةِ تَخْنِيثٍ وسِحاقٍ ، وإلى دابَّةٍ يشْتَهِيها ولا يعِفُّ عنها[2] ، وكذا الخَلْوَةُ بها . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ كلامِ غيرِه .

فوائد ؛ منها ، قولُه : ولا يجوزُ النَّظَرُ إلى أحَدٍ مِمَّن ذَكَرْنا لشَهْوَةٍ . وهذا بلا نِزاعٍ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ومَنِ اسْتَحَلَّه ، كفَر إجْماعًا . وكذا لا يجوزُ النَّظَرُ إلى أحَدٍ ممَّن تقدَّم ذِكْرُه إذا خافَ ثَوَرانَ الشَّهْوَةِ . نصَّ عليه . واخْتارَه

(١) ٩/٥٠٤ .
(٢) فى النسخ كلها : « عنه » . وانظر الفروع ٥/١٥٦ .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وغيرُه . ومنها ، معْنَى الشَّهْوَةِ التَّلَذُّذُ بالنَّظَرِ . ومنها ، لَمْسُ مَن تقدَّم ذِكْرُه كالنَّظَرِ إليه ، على قَوْلٍ . وعلى قَوْلٍ آخَرَ : هو أوْلَى بالمَنْعِ مِنَ النَّظَرِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وهو الصَّوابُ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . ومنها ، صَوْتُ الأَجْنَبِيَّةِ ليس بعَوْرَةٍ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ليس بعَوْرَةٍ على الأصحِّ . قال ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ : قال القاضى الزَّريرانِيُّ الحَنْبلِيُّ فى « حَواشيه على المُغْنِى » : هل صَوْتُ الأَجْنَبِيَّةِ عَوْرَةٌ ؟ فيه رِوايَتان مَنْصُوصتان عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ظاهِرُ [٦/٣ظ] المذهبِ ، ليس بعَوْرَةٍ . انتهى . وعنه ، أنَّه عَوْرَةٌ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، فقال : يجبُ تجَنُّبُ الأجانِبِ الاسْتِماعَ مِن صَوْتِ النِّساءِ زِيادَةً على ما تدْعُو الحاجَةُ إليه ؛ لأنَّ صَوْتَها عَوْرَةٌ . انتهى . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ صالِحٍ : يُسَلِّمُ على المَرْأَةِ الكَبِيرَةِ ، فأمَّا الشَّابَّةُ فلا تنْطِقُ . قال القاضى : إنَّما قال ذلك خَوْفَ الافْتِتانِ بصَوْتِها . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » . وعلى كِلا الرِّوايتَيْن ، يَحْرُمُ التَّلَذُّذُ بسَماعِه ولو بقِراءَةٍ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال القاضى : يُمْنَعُ مِن سَماعِ صَوْتِها . وقال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » : يُكْرَهُ سَماعُ صَوْتِها بلا حاجَةٍ . قال ابنُ الجَوْزِيِّ فى كِتابِ « النِّساءِ » له : سَماعُ صَوْتِ المَرْأَةِ مَكْروهٌ . وقال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ مُهَنَّا : يَنْبَغِى للمَرْأَةِ أنْ تَخْفِضَ مِن صَوْتِها إذا كانتْ فى قِراءَتِها إذا قرَأَتْ باللَّيْلِ . ومنها ، إذا منَعْنا المَرْأَةَ مِنَ النَّظَرِ إلى الرَّجُلِ ، فهل تُمْنَعُ مِن سَماعِ صَوْتِه ، ويكونُ حُكْمُه حكمَ سَماعِ صَوْتِها ؟ قال القاضى فى « الجامعِ الكَبِيرِ » : قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ مُهَنَّا : لا يُعْجِبُنِى أنْ يَؤُمَّ الرَّجُلُ النِّساءَ ، إلَّا أنْ يكونَ فى بَيْتِه يؤُمُّ أهْلَه ،

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

أُكْرَهُ أنْ تَسْمَعَ المَرأةُ صَوْتَ الرَّجُلِ . قال [1]ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه »[1] : وهذا صحيحٌ ؛ لأنَّ الصَّوْتَ يتْبَعُ الصُّورَةَ[2] ، ألا ترَى أنَّه لمَّا مُنِعَ مِنَ النَّظَرِ إلى الأجْنَبيَّةِ مُنِعَ مِن سَماعِ صَوْتِها ، كذلك المرْأةُ لمَّا مُنِعَتْ مِنَ النَّظَرِ إلى الرَّجُلِ مُنِعَتْ مِن سَماعِ صَوْتِه . [3]قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » : لم تَزَلِ النِّساءُ تَسْمَعُ أصْواتَ الرِّجالِ ، والفَرْقُ بينَ النِّساءِ والرِّجالِ ظاهِرٌ[3] . ومنها ، تَحْرُمُ الخَلْوَةُ لغيرِ مَحْرَمٍ للكُلِّ مُطْلَقًا ، ولو بحَيوانٍ يشْتَهِى المَرْأةَ أو تَشْتَهِيه هى ؛ كالقِرْدِ ، ونحوِه . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ الجَوْزِىِّ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وقال : الخَلْوَةُ بأمْرَدَ حَسَنٍ ومُضاجَعَتُه كامْرَأةٍ ، ولو كان لمَصْلَحَةِ تعْليمٍ وتأْدِيبٍ ، والمُقِرُّ مُوْلِيه[1] عندَ مَن يُعاشِرُه كذلك مَلْعُونٌ دَيُّوثٌ ، ومَن عُرِفَ بمَحَبَّتِهم أو مُعاشَرَةِ بينَهم ، مُنِعَ مِن تَعْليمِهم . وقال ابنُ الجَوْزِىِّ : كان السَّلَفُ يقُولُون : الأمْرَدُ أشَدُّ فِتْنَةً مِنَ العَذارَى . قال ابنُ عَقِيلٍ : الأمْرَدُ يَنْفُقُ[4] على الرِّجالِ والنِّساءِ ، فهو شَبَكَةُ الشَّيْطانِ فى حقِّ النَّوْعَين . ومنها ، كَرِهَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، مُصافَحَةَ النِّساءِ ، وشدَّد أيضًا حتى لمَحْرَمٍ ، وجوَّزَه لوالِدٍ . قال فى « الفُروعِ » : ويتَوَجَّهُ ، ولمَحْرَمٍ . وجوَّز الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، أخْذَ يَدِ عَجُوزٍ ، وفى « الرِّعايَةِ » ، وشَوْهاءَ . وسأَلَه ابنُ مَنْصُورٍ : يُقَبِّلُ ذاتَ المَحارِمِ منه ؟ قال : إذا قَدِمَ مِن سَفَرٍ و لم يخَفْ على نفْسِه ، لكِنْ لا يفْعَلُه على الفَمِ أبدًا ؛ الجَبْهَةَ والرَّأْسَ . ونقَل حَرْبٌ ، فِى مَن تضَعُ يدَها على بَطْنِ رَجُلٍ لا تحِلُّ له ، قال : لا يَنْبَغِى إلَّا

(1 – 1) سقط من : ط .

(2) فى الأصل ، ط : « الصوت » .

(3 – 3) سقط من : الأصل .

(4) ينفق : أى يروج ويرغب فيه .

المقنع

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِ الْآخَرِ وَلَمْسُهُ ، وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ مَعَ أَمَتِهِ .

الشرح الكبير

٣٠٧٠ – مسألة : (ولكلِّ واحدٍ مِن الزَّوْجَيْن النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ الآخرِ وَلَمْسُه ، وكذلك السَّيِّدُ مع أمَتِه) لما روَى بَهْزُ بنُ حَكيمٍ ، قال : قلتُ : يا رسولَ اللهِ ، عَوْراتُنا ما نَأْتِي منها وما نَذَرُ[1] ؟ قال : « احْفَظْ عَوْرَتَكَ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ أَوْ مَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رَواه التِّرْمِذِيُّ[2] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . ولا فَرْقَ بينَ الفَرْجِ وغيرِه ؛ لعُمُومِ الحديثِ ، ولأنَّ الفَرْجَ يُباحُ الاسْتِمْتاعُ به ، فجازَ النَّظَرُ إليه ولَمْسُه ، كبَقِيَّةِ البَدَنِ . وقيل : يُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الفَرْجِ ؛ لقولِ عائشةَ : ما رَأَيْتُ فَرْجَ رسولِ اللهِ ﷺ قَطُّ . رَواه ابنُ ماجه[3] . وفى لفظٍ قالت : ما رَأَيْتُه مِن رسولِ اللهِ

الإنصاف

لضَرُورَةٍ . ونقَل المَرُّوذِيُّ ، أتضَعُ يدَها على صَدْرِه ؟ قال : ضَرُورَةً .

قوله : ولكلِّ واحدٍ مِنَ الزَّوْجَين النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ الآخَرِ ولَمْسُه . مِن غيرِ كَراهَةٍ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، حتى الفَرْجِ . وعليه جماهيرُ الأصحابِ . ونصَّ عليه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ »، و « المُذْهَبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و «المُحَرَّرِ»، و « النَّظْمِ »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الوَجيزِ »، و « المُنَوِّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ،

---

(١) فى م : « ندع » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢/١٦١ ، ١٦٢ . من حديث : « فالله أحق أن يستحى منه من الناس » .

(٣) فى : باب النهى أن يرى عورة أخيه ، من كتاب الطهارة ، وفى : باب التستر عند الجماع ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٢١٧ ، ٦١٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٦٣ ، ١٩٠ . وهو حديث ضعيف . انظر إرواء الغليل ٦/٢١٣ – ٢١٥ .

الشرح الكبير

ﷺ، ولا رآهُ منِّى . قال أحمدُ فى روايةِ جَعْفَرِ بن محمدٍ ، فى المرأةِ تَقْعُدُ بينَ يَدَىْ زَوْجِها وفى بَيْتِها مَكْشوفةً ، فى ثِيابٍ رِقاقٍ : فلا بَأْسَ به . قلتُ : تَخْرُجُ مِن الدَّارِ إلى بيتٍ مَكْشُوفَةَ الرأسِ ، وليس فى الدَّارِ إلَّا هى وزوجُها ؟ فرَخَّصَ فى ذلك .

فصل : وحُكْمُ السَّيِّدِ حُكْمُ الزَّوجِ فيما ذَكَرْنا ، وسَواءٌ فى ذلك سُرِّيَّته وغيرُها ؛ لأنَّه يُباحُ له الاسْتِمتاعُ بجَمِيعِ بَدَنِها ، فأُبِيحَ له النَّظَرُ إليه ، فأمَّا إن زَوَّجَ أمَتَه ، حَرُمَ عليه الاسْتِمْتاعُ بها والنَّظَرُ منها إلى ما بينَ السُّرَّةِ

الإنصاف

وغيرِهم . وقيل : يُكْرَهُ لهما نَظَرُ الفَرْجِ . جزَم به فى « الكافِى » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقال الآمِدِىُّ فى « فُصولِه » : وليس للزَّوْجِ النَّظَرُ إلى فَرْجِ امْرَأَتِه ، فى إحْدَى الرِّوايتَيْن . نقَلَه ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ . وقيل : يُكْرَهُ لهما عندَ الجماعِ خاصَّةً . وجزَم فى « المُسْتَوْعِبِ » بأنَّه يُكْرَهُ النَّظَرُ إلى فَرْجِها حالَ الطَّمْثِ فقط . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، وزادَ فى « الكُبْرَى » ، وحالَ الوَطْءِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال القاضى فى « الجامعِ » : يجوزُ تقْبِيلُ فَرْجِ المَرْأَةِ قبلَ الجِماعِ ، ويُكْرَهُ بعدَه . وذكَرَه عن عَطاءٍ . الثَّانيةُ ، ليس لها اسْتِدْخالُ ذَكَرِ زَوْجِها وهو نائمٌ بلا إذْنِه ، ولها لَمْسُه وتَقْبِيلُه بشَهْوَةٍ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ » ، وتَبِعَه فى « الفُروعِ » . وصرَّح به ابنُ عَقِيلٍ ، وقال : لأنَّ الزَّوْجَ يمْلِكُ العَقْدَ وحَبْسَها . [٣/٧و] ذكَراه فى عِشْرَةِ النِّساءِ . ومرَّ بى فى بعضِ التَّعاليقِ قَوْلٌ : إنَّ لها ذلك . ولم أسْتَحْضِرِ الآنَ فى أىِّ كِتابٍ هو .

قوله : وكذلك السَّيِّدُ مع أَمَتِه . حُكْمُ السَّيِّدِ مع أَمَتِه المُباحَةِ له حُكْمُ الرَّجُلِ مع زَوْجَتِه فى النَّظَرِ واللَّمْسِ ، خِلافًا ومذهبًا .

الشرح الكبير

والرُّكبَةِ ؛ لما روَى عَمرُو بنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيهِ ، عن جَدِّهِ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « إذَا زَوَّجَ أحَدُكُمْ خَادِمَه[1] [2]عَبْدَهُ أو أَجيرَهُ[2] ، فَلَا يَنْظُرْ إلَى مَا دُونَ السُّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإنَّهُ عَوْرَةٌ » . رَواه أبو داودَ[3] . ومَفْهُومُه إباحَةُ النَّظَرِ إلى ما عَداه . وأمَّا تَحْرِيمُ الاسْتِمتاعِ بها ، فلا خِلافَ فيه ، فإنَّها قد صارَتْ مُباحَةً للزَّوجِ ، ولا تَحِلُّ امْرأةٌ لرَجُلَيْن . فإن وَطِئَها ، أثِمَ ، وعليه التَّعْزِيرُ ؛ لأنَّه فِعْلٌ مُحَرَّمٌ . فإن أوْلَدَها ، فقال أحمدُ : لا يَلْحَقُه نَسَبُه ؛ لأنَّها فِراشٌ لغيرِه ، فلم يَلْحَقْه وَلَدُها ، كالأَجْنَبِيَّةِ . قلتُ : وقد ذَكَر في باب حُكْمِ أمَّهاتِ الأولادِ[4] ، أنَّه يَلْحَقُه النَّسَبُ ؛ لأنَّه وَطْءٌ سَقَط فيه الحَدُّ لشُبْهَةِ المِلْكِ ، أشْبَهَ وَطْءَ الجارِيَةِ المَرْهُونَةِ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

تنبيه : فى قَوْلِ المُصَنِّفِ : مع أَمَتِه . نَظَرٌ ؛ لأنَّه يدْخُلُ فى عُمُومِه أَمَتُه المُزَوَّجَةُ والمَجُوسِيَّةُ والوَثَنِيَّةُ ونحوُهُنَّ ، وليس له النَّظَرُ إلى واحِدَةٍ مِنهُنَّ ولا لَمْسُها ، لما سيُذْكَرُ فى مَوْضِعِه . وجعَل كثيرٌ مِنَ الأصحابِ مَكانَ أَمَتِه سُرِّيَّتَه . قال ابنُ مُنَجَّى : وفيه نظَرٌ أيضًا ؛ لأنَّه يحْرُمُ عليه أَمَتُه التى ليستْ سُرِّيَّةً ، والحالُ أنَّ له النَّظَرَ إليها ولَمْسَها ، فلذلك قال بعضُ الأصحابِ ؛ منهم المُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، والنَّاظِمُ ، وصاحِبُ « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم : أَمَتِه المُباحَةِ . وهو أجْوَدُ ممَّا تقدَّم . انتهى . قلتُ : وهو مُرادُ المُصَنِّفِ وغيرِه مِمَّن أطْلَقَ .

---

(1) أى : أمته . وفى رواية : « خادمته » . انظر عون المعبود ١٠٩/٤ .

(٢ - ٢) فى الأصل : « أو عبده أجيره » .

(3) تقدم تخريجه فى ٢٠١/٣ .

(4) انظر ما تقدم فى ٤٨١/٦ .

الشرح الكبير

فصل : فأمَّا نظَرُ الرجُلِ إلى الأجْنَبِيَّةِ مِن غيرِ سَبَبٍ ، فيَحْرُمُ عليه النظرُ إلى جَميعِها ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، فإنَّه قال : لا يأْكُلُ مع مُطَلَّقَتِه ، هو أجنَبِىٌّ لا يَحِلُّ له أن يَنْظُرَ إليها ، كيف يأْكُلُ معها يَنْظُرُ إلى كَفِّها ! لا يَحِلُّ له ذلك . وقال القاضِى : يَحْرُمُ عليه النَّظَرُ إلى ما عَدا الوَجْهَ والكَفَّيْن ؛ لأنَّه عَوْرَةٌ ، [٨٢/٦ظ] ويُباحُ له النَّظَرُ إليهما مع الكَراهَةِ إذا أمِنَ الفِتْنَةَ ونَظَر بغيرِ شَهْوَةٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . قال ابنُ عباسٍ : الوَجْهَ والكَفَّيْنِ . ورَوَتْ عائشةُ أنَّ أسماءَ بنتَ أبى بكرٍ دَخَلَتْ على رسولِ اللهِ ﷺ فى ثِيابٍ رِقاقٍ ، فأعْرَضَ عنها ، وقال : « يا أَسْمَاءُ ، إنَّ المَرْأَةَ إذَا بَلَغَتِ الْمَحِيضَ لَمْ تَصْلُحْ أنْ يُرَى مِنْهَا إلَّا هَذَا وهَذَا » . وأشارَ إلى وَجْهِه وكَفَّيْه . رَواه أبو بكرٍ ، وغيرُه[1] . ولأنَّه ليس بعَوْرَةٍ ، فلم يَحْرُمِ النَّظَرُ إليه مِن غيرِ رِيبَةٍ ،

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو زوَّج أَمَتَه ، جازَ له النَّظَرُ منها إلى غيرِ العَوْرَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الفائقِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : هو كمَحْرَمٍ . ونقَل حَنْبَلٌ ، كأَمَةِ غيرِه . الثَّانيةُ ، يُكْرَهُ النَّظَرُ إلى عَوْرَةِ نفسِه . قالَه فى « التَّرْغيبِ » وغيرِه . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه : يُسْتَحَبُّ أنْ لا يُدِيمَه . وقال الأَزَجِىُّ فى « نِهايَتِه » : يُعْرِضُ ببَصَرِه عنها ؛ لأنَّه يدُلُّ على الدَّناءَةِ . انتهى . وتقدَّم فى بابِ الاسْتِنْجاءِ ، هل يُكْرَهُ مسُّ فَرْجِه مُطْلَقًا ، أو فى حالِ التَّخَلِّى ؟

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبى داود ٢/ ٣٨٣ . والبيهقى ، فى : باب تخصيص الوجه والكفين بجواز النظر إليها عند الحاجة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٨٦/٧ .

المقنع ....

الشرح الكبير كَوَجْهِ الرجلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَٰعًا فَسْئَلُوهُنَّ مِنْ وَرَآءِ حِجَابٍ ﴾[1] . وقولُ النبيِّ ﷺ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ مِنْهُ »[2] . وكان الفَضْلُ بنُ عباسٍ رَدِيفَ رسولِ اللهِ ﷺ ، فجاءَته الخَثْعَمِيَّةُ تستَفْتِيهِ ، [3]فجعَل يَنْظُرُ إليها[3] وتَنْظُرُ إليه ، فصَرَفَ رسولُ اللهِ ﷺ وَجْهَه عنها[4] . وعن جَرِيرِ بنِ عبدِ اللهِ ، قال : سَأَلْتُ رسولَ اللهِ ﷺ عن نَظَرِ الفَجْأَةِ ، فأَمَرَنِى أن أصْرِفَ بَصَرِى . حديثٌ صحيحٌ . وعن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا تُتْبِعِ النَّظْرَةَ النَّظْرَةَ ، فَإِنَّمَا لَكَ الْأُولَى ، وَلَيْسَتْ لك الآخِرَةُ » . رَواهما أبو داودَ[5] . وفى إباحَةِ[6] النَّظَرِ إلى المَرأةِ إذا أرادَ تَزَوُّجَها[7] دليلٌ على التَّحريمِ عندَ عَدَمِ ذلك ، إذ لو كان مُباحًا على

الإنصاف ....

---

(1) سورة الأحزاب ٥٣ .
(2) تقدم تخريجه فى ١٨/٣٨٠ ، ١٩/١٩١ .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(4) تقدم تخريجه فى حديث جابر الطويل فى ٨/٣٦٣ .
(5) فى : باب فيما يؤمر به من غض البصر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٩٥ ، ٤٩٦ . كما أخرجهما الترمذى ، فى : باب ما جاء فى نظر المفاجأة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى ١٠/٢٣٨ ، ٢٣٩ .
كما أخرج الأول مسلم ، فى : باب نظر الفجأة ، من كتاب الآداب . صحيح مسلم ٣/١٦٩٩ . والدارمى ، فى : باب فى نظر الفجاءة ، من كتاب الاستئذان . سنن الدارمى ٢/٢٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٥٨ ، ٣٦١ .
والثانى أخرجه الدارمى ، فى : باب فى حفظ السمع ، من كتاب الرقاق . سنن الدارمى ٢/٢٩٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٣٥١ ، ٣٥٣ ، ٣٥٧ .
(6) بعدها فى الأصل : « وجه » .
(7) فى م : « تزويجها » .

الشرح الكبير

الإطْلاقِ ، فما وَجْهُ التَّخْصِيصِ لهذا الحالِ ؟ وأمَّا حديثُ أسْماءَ – إن صَحَّ – فيَحْتَمِلُ أنَّه كان قبلَ نُزُولِ الحِجابِ ، فيُحْمَلُ عليه .

فصل : فأمَّا العَجُوزُ التى لا تُشْتَهَى ، فلا بَأْسَ بالنَّظَرِ إلى ما يَظْهَرُ منها غالبًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾(1) . الآية . قال ابنُ عباسٍ فى قولِه تعالى : ﴿ قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّواْ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ ﴾(2) ﴿ وَقُل لِّلْمُؤْمِنَٰتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَٰرِهِنَّ ﴾(3) . فنَسَخَ واستَثْنَى مِن ذلك : ﴿ وَٱلْقَوَٰعِدُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا ﴾ . الآية . وفى مَعْنَى ذلك الشَّوْهاءُ التى لا تُشْتَهَى .

فصل : والأَمَةُ يُباحُ النَّظَرُ منها إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالوَجْهِ ، والرَّأْسِ ، واليَدَيْن ، والسَّاقَيْن ؛ لأنَّ عُمَرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، رَأى أَمَةً مُتَكَمِّمَةً ، فضَرَبَها بالدِّرَّةِ ، وقالَ : يا لَكاعِ تَشَبَّهِينَ بالحَرائِرِ ! ورَوَى أبو حَفْصٍ بإسْنادِه ، أنَّ عُمَرَ كان لا يَدَعُ أَمَةً تَقَنَّعُ فى خِلافَتِه ، وقال : إنَّما القِناعُ للحَرائِرِ(4) . ولو كان نَظَرُ ذلك منها مُحَرَّمًا لم يَمْنَعْ مِن سَتْرِه ، بل أَمَرَ به . وقد رَوَى أَنَسٌ أنَّ النبىَّ ﷺ لمَّا أخَذَ صَفِيَّةَ قال الناسُ : أجَعَلَها أُمَّ

الإنصاف ....

(1) سورة النور ٦٠ .

(2) سورة النور ٣٠ .

(3) سورة النور ٣١ .

(4) أخرج الأثرين ابن أبى شيبة ، فى : باب فى الأمة تصلى بغير خمار ، من كتاب الصلوات . المصنف ٢/ ٢٣٠ . وعبد الرزاق ، فى : باب الخمار ، من كتاب الصلاة . المصنف ٣/ ١٣٦ .

الشرح الكبير

المُؤْمِنِينَ أَمْ أُمَّ وَلَدٍ ؟ فقالوا : إن حَجَبَها فهى أُمُّ المؤمنينَ ، وإن لم يَحْجُبْها فهى أُمُّ وَلَدٍ . فلمّا رَكِبَ وَطَّأَ لها خَلْفَه ، ومَدَّ الحِجابَ بينَه وبينَ النّاسِ . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وهذا دليلٌ على أنَّ عَدَمَ حَجْبِ الإماءِ كان مُسْتَفيضًا بينَهم مَشْهُورًا ، وأنَّ الحَجْبَ لغيرِهِنَّ كان مَعْلُومًا . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يُباحُ النَّظَرُ منها إلى ما ليس بعَوْرَةٍ ، [٨٣/٦و] وهو ما فوقَ السُّرَّةِ وتحتَ الرُّكْبَةِ . وسَوَّى [2]بعضُ أصحابِ الشافعيِّ[2] بينَ الحُرَّةِ والأَمَةِ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ . الآية . ولأنَّ العِلَّةَ فى تَحْرِيمِ النَّظَرِ الخوفُ مِن الفِتْنَةِ ، والفِتْنَةُ المَخُوفَةُ يَسْتَوِى فيها الحُرَّةُ والأَمَةُ ، فإنَّ الحُرِّيَّةَ أمْرٌ[3] لا يُؤَثِّرُ فى الأمْرِ الطَّبِيعِيِّ . وقد ذَكَرْنا ما يَدُلُّ على التَّخْصِيصِ ويُوجِبُ الفَرْقَ بينَهما ، وإن لم يَفْتَرِقا فيما ذَكَرُوه ، افْتَرَقا فى الحُرْمَةِ ومَشَقَّةِ السَّترِ[4] ، لكن إن كانتِ الأَمَةُ[5] جميلةً ، يُخافُ الفِتْنَةُ

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب فى اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، وباب من جعل عتق الأمة صداقها ، وباب البناء فى السفر ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ١٦٨ ، ٧ / ٧ ، ٨ ، ٢٨ ، ٣١ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٤٤-١٠٤٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٤ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٠ . والنسائى ، فى : باب التزويج على العتق ، وباب البناء فى السفر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٤ ، ١٠٩ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فى الأمة يجعل عتقها صداقها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٤ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣ / ٩٩ ، ١٦٥ ، ١٧٠ ، ١٨١ ، ٢٠٣ ، ٢٣٩ ، ٢٤٢ ، ٢٤٦ ، ٢٦٤ ، ٢٨٠ ، ٢٩١ .

(٢ - ٢) فى المغنى ٩/٥٠١ : « بعض أصحابنا » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى النسختين : « السير » . والمثبت كما فى المغنى ٩/٥٠١ .

(٥) فى م : « المرأة » .

الشرح الكبير

بها ، حَرُمَ النَّظَرُ إليها ، كما يَحْرُمُ إلى الغُلامِ الذى تُخْشَى[1] الفِتْنَةُ بالنَّظَرِ إليه . قال أحمدُ فى الأَمَةِ إذا كانت جميلةً : تُنَقَّبُ ، ولا يُنْظَرُ إلى المَمْلُوكَةِ ، كم مِن نَظْرَةٍ قد أَلْقَتْ فى قَلْبِ صاحِبِها البَلابِلَ[2] .

فصل : والطِّفْلَةُ التى لا تَصْلُحُ للنِّكاحِ لا بَأْسَ بالنَّظَرِ إليها . قال أحمدُ فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ ، فى الرجلِ يَأْخُذُ الصَّغِيرَةَ فيَضَعُها فى حِجْرِه ويُقَبِّلُها : فإن كان يَجِدُ شَهْوَةً ، فلا ، وإن كان لغيرِ شَهْوَةٍ ، فلا بَأْسَ . وقد رَوَى أبو بكرٍ ، بإسنادِه عن عُمَرَ بنِ حفصٍ المَدِينِىِّ ، أنَّ الزُّبَيْرَ بنَ العَوَّامِ أَرْسَلَ بابْنَةٍ له إلى عمرَ بنِ الخطابِ مع مَوْلاةٍ له ، فأَخَذَها عمرُ بيَدِه ، وقال : ابنةُ أبى عبدِ اللهِ . فتَحَرَّكَتِ الأَجْراسُ مِن رِجلِها ، فأَخَذَها عمرُ فقَطَعَها ، وقال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَعَ كُلِّ جَرَسٍ شَيْطَانٌ »[3] . فأمَّا إذا بَلَغَتْ حَدًّا يَصْلُحُ لِلنِّكاحِ ، [4]كابْنَةِ تِسْعٍ[4] ، فإنَّ عَوْرَتَها مُخالِفَةٌ لعَوْرَةِ البالِغَةِ ، بدليلِ قولِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ »[5] . يدُلُّ على صِحَّةِ صلاةِ مَن لم تَحِضْ مَكْشُوفَةَ الرَّأْسِ[6] ، فيَحْتَمِلُ أن يكونَ حُكْمُها حكمَ ذَواتِ المَحارِمِ ، كقَوْلِنا فى الغُلامِ المُراهِقِ مع النِّساءِ . وقد رَوَى أبو بكرٍ ، عن ابنِ

الإنصاف ....

(1) فى م : « لم تخش » .

(2) فى الأصل : « البلاء » . والبلابل : شدة الهم والوسواس فى الصدور .

(3) أخرجه أبو داود ، فى : باب ما جاء فى الجلاجل ، من كتاب الخاتم . سنن أبى داود ٢/٤٠٨ . وهو ضعيف . ضعيف سنن أبى داود ٤١٨ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(5) تقدم تخريجه فى ٢/٣٧٠ .

(6) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : [٢٠١ظ] وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ ، وَلَا التَّعْرِيضُ بِخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ .

الشرح الكبير

جُرَيْجٍ ، قال : قالت عائشةُ : دَخَلَتْ علىَّ ابنةُ أخِى ، فدَخَلَ علىَّ النَّبىُّ ﷺ فأعْرَضَ ، فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، إنَّها ابنةُ أخِى وجاريَةٌ . فقال : « إذَا عَرَكَتِ[1] المَرْأةُ لَمْ يَجُزْ لَهَا أنْ تُظْهِرَ إلَّا وَجْهَهَا وَمَا دُونَ هَذَا » . وقَبَض على ذِراعِ نَفْسِه ، فترَكَ بينَ قَبْضَتِه وبينَ الكَفِّ مثل قَبْضَةٍ أُخْرَى أو نحوَها[2] . احتجَّ أحمدُ بهذا الحديثِ . وتَخْصِيصُ الحائضِ بهذا التحديدِ دَليلٌ على إباحَةِ أكثرَ مِن ذلك فى حَقِّ غيرِها .

٣٠٧١ – مسألة ؛ قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وَلَا يَجُوزُ التَّصْرِيحُ بخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ ، ولا التَّعْرِيضُ بخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ) أمَّا التَّصْرِيحُ بخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ ، فلا يَجُوزُ ؛ لأنَّ قولَ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ ﴾[3] . دَلِيلٌ على تَحْرِيمِ التَّصْرِيحِ ؛ لأنَّ التَّصْرِيحَ لا يَحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ ، فلا يُؤْمَنُ أن يَحْمِلَها الحِرْصُ عليه على الإخبارِ بانقِضاءِ عِدَّتِها قبلَ انْقِضائِها ، والتَّعْرِيضُ بخِلافِه .

الإنصاف

قوله : ولا يَجوزُ التَّصْرِيحُ –وهو ما لا يحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ – بخِطْبَةِ المُعْتَدَّةِ ، ولا التَّعْرِيضُ – وهو ما يُفْهَمُ منه النِّكاحُ مع احْتِمالِ غيرِه – بخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ . بلا نِزاعٍ .

---

(١) عركت : حاضت .

(٢) أورده ابن جرير ، فى : تفسيره ١١٩/١٨ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٥ .

المقنع

وَيَجُوزُ فِى عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَالْبَائِنِ بِطَلَاقٍ ثَلَاثٍ .
وَهَلْ يَجُوزُ فِى عِدَّةِ الْبَائِنِ بِغَيْرِ الثَّلَاثِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣٠٧٢ – مسألة : فَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فلا يَجُوزُ لأَحَدٍ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها ولا التَّصْرِيحُ ؛ لأَنَّها فى حُكْمِ الزَّوْجاتِ ، فهى كالتى فى صُلْبِ نِكاحِه .

٣٠٧٣ – مسألة : (وَيَجُوزُ فى عِدَّةِ الْوَفاةِ ، و) فى (البائنِ بطَلاقٍ ثَلاثٍ) المُعْتَدَّاتُ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ الرَّجْعِيَّةُ[1] ، وحُكْمُها حُكْمُ مَن هى فى [٨٣/٦ظ] صُلْبِ النِّكاحِ ، وقد ذَكَرْناها . الثانى ، المُعْتَدَّةُ مِن وَفاةٍ ، أو طَلاقٍ ثلاثٍ ، أو فَسْخٍ لتَحْريمِها على زَوْجِها ، كالفَسْخِ برَضاعٍ أو لِعانٍ ، ونحوِه ممَّا لا تَحِلُّ بعدَه لزَوْجِها ، فهذه يَجُوزُ التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها ؛ للآيةِ ، ولما رَوَتْ فاطِمَةُ بنتُ قَيْسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال لها لمَّا طَلَّقَها زَوْجُها ثلاثًا : « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى » . وفى لفظٍ : « لَا تَسْبِقِينِى بنَفْسِكِ »[2] . وهذا تَعْرِيضٌ بخِطْبَتِها فى عِدَّتِها .

٣٠٧٤ – مسألة : (وهل يَجُوزُ فى عِدَّةِ البائنِ بغيرِ الثَّلاثِ ؟ على

الإنصاف

قوله : ويجوزُ فى عِدَّةِ الوَفاةِ . يعْنِى التَّعْرِيضَ . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقال فى « الانْتِصارِ » ، و « المُفْرَداتِ » : إنْ دلَّتْ على اقْتِرانِهما ، كمُتَحابَّيْن قبلَ مَوْتِ الزَّوْجِ ، منَعْنا مِن تعْريضِه فى العِدَّةِ .

قوله : ويجوزُ فى عِدَّةِ البائنِ بطَلاقٍ ثلاثٍ – بلا نِزاعٍ – وهل يجوزُ فى عِدَّةِ البائنِ بغيرِ الثَّلاثِ ؟ على وَجْهَين . وهما رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) سقط من : م .
(٢) تقدم تخريجه فى ١٨١/١١ ، وفى صفحة ٥٣ .

المقنع وَالتَّعْرِيضُ نَحْوَ قَوْلِهِ : إِنِّى فِى مِثْلِكِ لَرَاغِبٌ . وَ : لَا تَفُوتِينِى بِنَفْسِكِ .

الشرح الكبير وَجْهَيْن) هذا الضَّربُ الثالثُ ، كالمُخْتَلِعَةِ[1] ، والبائِنِ بفَسْخٍ ، لعَيْبٍ أو إعْسارٍ أو نحوِه ، فلزَوْجِها التَّصْرِيحُ بخِطْبَتِها والتَّعْرِيضُ ؛ لأنَّه مُباحٌ له نِكاحُها فى عِدَّتِها ، فهى كغيرِ المُعْتَدَّةِ . وهل يَجُوزُ لغيرِه التَّعْرِيضُ بخِطْبَتِها ؟ فيه وَجْهان . وللشافعىِّ فيه قولان ؛ أحدُهما ، يَجُوزُ ؛ لعُمُومِ الآيةِ ، ولأنَّها بائِنٌ ، فأَشْبَهَتِ المُطَلَّقَةَ ثلاثًا . والثانى ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ أن يَسْتَبِيحَها ، فهى كالرَّجْعِيَّةِ . والمرأةُ فى الجَوابِ كالرجلِ فى الخِطْبَةِ فيما[2] يَحِلُّ ويَحْرُمُ ؛ لأنَّ الخِطْبَةَ للعَقْدِ ، فلا يَخْتَلِفان فى حِلِّه وحُرْمَتِه .

٣٠٧٥ – مسألة : (وَالتَّعْرِيضُ قولُه : إنِّى فِى مِثْلِكِ لَرَاغِبٌ . و :

الإنصاف و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . والثَّانى ، يجوزُ . وهو المذهبُ . جزَم به فى « العُمْدَةِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » .

---

(١) فى م : « كالمختلفة » .

(٢) فى م : « مما » .

المقنع

وَتُجِيبُهُ : مَا يُرْغَبُ عَنْكَ . وَ : إِنْ قُضِىَ شَىْءٌ كَانَ . وَنَحْوُهُمَا .

الشرح الكبير

لا تَفُوتِينِى بنَفْسِكِ) و : ما أَحْوَجَنِى إلى مِثْلِكِ . وقال الزُّهْرِىُّ : أنتِ مَرْغوبٌ فيك . و : أنتِ جَمِيلَةٌ . و : إذا حَلَلْتِ فآذِنِينِى . ونحوُ ذلك . قال مجاهِدٌ : مات رجلٌ ، وكانتِ امرأتُه تَتْبَعُ[1] الجِنازَةَ ، فقال لها رجلٌ : لا تَسْبِقينا بنفسِكِ . فقالتْ : سَبَقَكَ غيرُكَ .

٣٠٧٦ – مسألة : (وتُجيبُه) المرأةُ : (ما يُرْغَبُ عنك . و : إن قُضِىَ شىءٌ كان) وما أشْبَهَه .

فصل : فأمَّا التَّصْرِيحُ فهو اللفظُ الذى لا يَحْتَمِلُ غيرَ النِّكاحِ ، نحوَ قولِه : زَوِّجِينِى نَفْسَكِ . و : إذا انْقَضَتْ عِدَّتُكِ تَزَوَّجْتُكِ . ويَحْتَمِلُ أنَّ هذا مَعْنَى قولِه تعالى : ﴿ لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا ﴾[2] . فإنَّ النِّكاحَ يُسَمَّى سِرًّا ، قال الشاعرُ[3] :

فلَنْ تَطْلُبوا سِرَّها للغِنَى ... ولن تُسلِمُوها لإزْهادِها[4]

وقال الشافعىُّ : السِّرُّ : الجِماعُ . وأنشَد لامْرِئِ القَيْسِ[5] :

أَلَا زَعَمَتْ بَسْبَاسَةُ القَوْمِ أَنَّنِى ... كَبِرْتُ وأن لا يُحْسِنَ السِّرَّ أَمْثالِى

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا كان المُعَرِّضُ أجْنَبِيًّا . فأمَّا من كانت فى عِصْمَتِه ، فإنَّه يُباحُ له التَّعْرِيضُ والتَّصْرِيحُ ، بلا نِزاعٍ .

(١) فى م : « تشيع » .
(٢) سورة البقرة ٢٣٥ .
(٣) هو الأعشى ، والبيت فى ديوانه ٧٥ .
(٤) إزهادها : زهدا فيها لفقرها .
(٥) البيت فى ديوانه ٢٨ . وفيه : « بسباسة اليوم » وبسباسة : امرأة عيرته بالكبر .

المقنع

وَلَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِنْ أُجِيبَ ، وَإِنْ رُدَّ ، حَلَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمِ الْحَالَ فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

ومُواعَدَةُ السِّرِّ أن يقولَ : عندِى جِماعٌ يُرْضِيكِ . (١)ونحْوُه قولُه : رُبَّ جِماعٍ يُرْضِيكِ(١) . فنُهِىَ عنه لِما فيه مِن الهُجْرِ والفُحْشِ والدَّناءَةِ والسُّخْفِ .

فصل : فإن صَرَّحَ بالخِطْبَةِ ، أو عَرَّضَ فى مَوْضِعٍ يَحْرُمُ التَّعْرِيضُ ، ثم تَزَوَّجَها بعدَ حِلِّها ، صَحَّ نِكاحُه . وقال مالِكٌ : يُطَلِّقُها تَطْلِيقَةً ، ثم يَتَزَوَّجُها . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ هذا المُحَرَّمَ لم يُقارِنِ(٢) العَقْدَ ، فلم يُؤَثِّرْ فيه ، كما فى النِّكاحِ الثانِى ، أو كما لو رَآها مُتَجَرِّدَةً ثم تَزَوَّجَها .

٣٠٧٧ – مسألة : (ولا يَجُوزُ للرجلِ أن يَخْطُبَ على خِطْبَةِ أخِيه إن أُجِيبَ ، وإن رُدَّ ، حَلَّ ، وَإن لم يَعْلَمِ الحَالَ فعلى وَجْهَيْن) الخِطْبَةُ بالكَسْرِ : خِطْبَةُ الرجلِ المرأةَ ليَتزَوَّجَها . وبالضَّمِّ : حَمْدُ اللهِ والتَّشَهُّدُ . ولا يَخْلُو حالُ المَخْطُوبَةِ [٦/٨٤و] مِن ثَلاثَةِ أقْسامٍ :

الإنصاف

قوله : ولا يحِلُّ للرَّجُلِ أنْ يخْطُبَ على خِطْبَةِ أخِيه إنْ أُجِيبَ . هذا المذهبُ . يعْنِى ، يَحْرُمُ . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ : قالَه أصحابُنا . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الوَجيزِ »، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقيل :

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « يفارق » .

الشرح الكبير

أحَدُها ، أن تَسْكُنَ إلى الخاطِبِ لها ، فتُجيبَه ، أو تأْذَنَ لوَليِّها فى إجابَتِه ، فهذه يَحْرُمُ على غيرِه خِطْبَتُها ؛ لما روَى ابنُ عُمرَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . وعن أبى هُريرةَ عن النبىِّ ﷺ قال : « لَا يَخْطُبْ أَحَدُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ ، حَتَّى يَنْكِحَ أو يَتْرُكَ » . مُتَّفَقٌ عليهما[1] . ولأنَّ فى ذلك إفسادًا على الخاطِبِ الأوَّلِ ، وإيقاعَ العَداوَةِ بينَ الناسِ ، ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بينَ أهلِ العِلْمِ ، إلَّا أنَّ قومًا حَمَلُوا النَّهْىَ على الكَراهَةِ ، والأوَّلُ أَوْلَى .

الإنصاف

يُكْرَهُ . اخْتارَه أبو حَفْصٍ . قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : قالَه فى « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . فعلى المذهبِ ، يصِحُّ العَقْدُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . وعنه ، لا يصِحُّ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ . وقال الزَّرْكَشِىُّ : قال أبو بَكْرٍ : البَيْعُ على بَيْعِ أخِيه باطِلٌ . نصَّ عليه . فخرَّج ابنُ عَقِيلٍ وغيرُه بُطْلانَ النِّكاحِ ؛ للنَّهْىِ .

قوله : ولا يحِلُّ للرَّجُلِ أنْ يخْطُبَ على خِطْبَةِ أخِيه إنْ أُجِيبَ . اعْلَمْ أنَّه إذا أُجِيبَ تَصْرِيحًا ، فلا كلامَ . وإنْ أُجِيبَ تعْرِيضًا ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، أنَّه لا يحِلُّ له أيضًا كالتَّصْرِيحِ . وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والخِرَقِىِّ . وصحَّحه النَّاظِمُ . واخْتارَه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ . وجزَمَ به فى « الوَجيزِ » . وعنه ، يجوزُ . قال القاضى : ظاهِرُ كلامِ

---

(1) تقدم تخريجهما فى 11/179 ، 180 . ويعدل فى تخريج الحديث الأول عارضة الأحوذى من 1/480 إلى 5/70 . وحديث أبى هريرة بهذا اللفظ إنما أخرجه البخارى ، فى : باب لا يخطب على خطبة أخيه ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى 7/24 . والنسائى ، فى : باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح . المجتبى 6/60 . وليس هذا اللفظ عند مسلم .

الشرح الكبير

القسمُ الثانى ، أن تَرُدَّه أو[1] لا تَرْكَنَ إليه ، فيجوزُ خِطبَتُها ؛ لما رَوَتْ فاطِمَةُ بنتُ قَيْسٍ أنَّها أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ أنَّ مُعاوِيَةَ وأَبا جَهْمٍ خَطَباها ، فقال النبىُّ ﷺ : « أمَّا مُعاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ له ، وَأمَّا أبُو جَهْمٍ فَلَا يَضَعُ عَصاهُ عَنْ عَاتِقِهِ ، انْكِحِى أُسَامَةَ بنَ زَيْدٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[2] . فخَطَبَها النبىُّ ﷺ بعدَ إخبارِها إيَّاه بخِطْبَةِ مُعاوِيَةَ وأبى جَهْمٍ لها . ولأنَّ تَحْرِيمَ خِطْبَتِها على هذا الوَجْهِ إضرارٌ بها ؛ فإنَّه لا يَشاءُ أحَدٌ أن يَمْنَعَ المرأةَ النِّكاحَ[1] إلَّا مَنَعَها بخِطْبَتِه إيَّاها . وكذلك لو عَرَّضَ لها فى عِدَّتِها بالخِطْبَةِ فقال : لا تُفَوِّتِينِى بنَفْسِكِ . وأشْباه هذا ، لم تَحْرُمْ خِطْبَتُها ؛ لأنَّ فى قِصَّةِ فاطمةَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا تُفَوِّتِينَا بِنَفْسِكِ » .

الإنصاف

الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، إباحَةُ [٣/٧ظ] خِطْبَتِها . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » .

تنبيه : مَفْهُومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ له أنْ يخْطُبَ على خِطْبَةِ الذِّمِّىِّ مُطْلَقًا ؛ لأنَّه ليس بأخِيه . وهو صحيحٌ ، نصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، فى رِوايَةِ علىِّ بنِ سَعيدٍ .

فائدة : قوْلُه : وإنْ رُدَّ ، حَلَّ . بلا نِزاعٍ . وكذا إنْ ترَكَ الخِطْبَةَ ، أو أُذِنَ له . وكذا إنْ سُكِتَ عنه ، عندَ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنِ عَقِيلٍ . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وعن القاضى ، سُكُوتُ البِكْرِ رِضًا .

---

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى ١١/١٨١ ، وفى صفحة ٥٣ .

الشرح الكبير

و لم يُنْكِرْ[1] خِطْبَةَ أبى جَهْمٍ ومُعاوِيَةَ لها . وذَكَر ابنُ عبدِ البَرِّ[2] أنَّ ابنَ وَهْبٍ روَى بإسنادِه عن الحارِثِ ابنِ [3]سعدِ بنِ أبى ذُبابٍ[3] ، أنَّ عمرَ بنَ الخطَّابِ خَطَب امرأةً على جَريرِ بنِ عبدِ اللهِ ، وعلى مَرْوانَ بنِ الحَكَمِ ، وعلى عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، فدَخَل على المرأةِ وهى جالِسَةٌ فى بيتِها ، فقال عمرُ : إنَّ جَرِيرَ بنَ عبدِ اللهِ خَطَب ، وهو سَيِّدُ أهلِ المشرِقِ ، ومروانَ يَخطُبُ ، وهو سَيِّدُ شَبابِ قُرَيشٍ ، وعبدَ اللهِ بنَ عُمرَ ، وهو مَن قد عَلِمْتم ، وعمرَ بنَ الخطاب . فكَشَفَتِ المرأةُ السِّتْرَ ، فقالت : أجادٌّ أميرُ المؤمنينَ ؟ فقال : نعم . فقالت : قد أنْكحْتُ أميرَ المؤمنينَ ، فأنْكِحُوه . فهذا عمرُ قد خَطَب على واحدٍ بعدَ واحدٍ ، قبلَ أن يَعْلَمَ ما تقولُ المرأةُ فى الأوَّلِ .

الإنصاف

قوله : وإن لم يَعْلَمْ بالحالِ ، فعلى وَجْهَين . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ؛ أحدُهما ، يجوزُ . وهو الصَّحيحُ ، وهو ظاهِرُ ما نقَلَه المَيْمُونِىُّ . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . والثَّانى ، لا يجوزُ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « العُمْدَةِ » .

---

(1) فى م : « يذكر » .

(2) فى : الاستذكار ١١/١٦ ، والتمهيد ٢١/١٣ . كما أخرجه ابن عساكر فى تاريخه ٣٤٤/١٦ .

(3 - 3) فى م : « سعيد عن أبى رئاب » .

وهو الحارث بن عبد الرحمن بن عبد الله بن سعد بن أبى ذباب . انظر ترجمته فى : تهذيب التهذيب ١٤٧/٢ .

الشرح الكبير

القسمُ الثالثُ : أن يُوجَدَ مِن المرأةِ ما يَدُلُّ على الرِّضَا والسُّكُونِ ، تَعْرِيضًا لا تَصْريحًا ، كقولِها : ما أنْتَ إلَّا رِضًا . و : ما عَنْكَ رَغْبَةٌ . فهذا فى حُكْمِ الأوَّلِ ، لا يَحِلُّ لغيرِه خِطْبَتُها . هذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، فإنَّه قال : إذا رَكَن بعضُهم إلى بعضٍ ، فلا يَحِلُّ لأحدٍ أن يَخْطُبَ . والرُّكُونُ يُسْتَدَلُّ عليه بالتَّعْريضِ تارَةً ، وبالتَّصريحِ أُخْرَى . وقال القاضى : ظاهِرُ كلامِ أحمدَ إباحَةُ خِطْبَتِها . وهو مذهبُ الشافعىِّ فى الجديدِ ؛ لحديثِ فاطمةَ ، حيثُ [٦/٨٤ظ] خَطَبَها النبىُّ ﷺ . وزَعَموا أنَّ الظاهِرَ مِن كلامِها رُكُونُها إلى أحَدِهما . واسْتَدَلَّ القاضى بخِطْبَتِه لها قبلَ سُؤَالِها هل وُجِد منها ما دلَّ على الرِّضَا أو لا . ولَنا ، عُمُومُ قولِه عليه الصلاةُ والسَّلامُ : « لا يَخْطُبُ أَحَدُكُم عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ » . ولأنَّه وُجِد منها[1] ما دَلَّ على الرِّضَا ، فحَرُمَتْ خِطْبَتُها ، كما لو صَرَّحَتْ بذلك . وأمّا حديثُ فاطمةَ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ، فإنَّ فيه ما يَدُلُّ على أنَّها لم تَرْكَنْ إلى واحِدٍ منهما مِن وَجهَيْنِ ؛ أحَدُهما ، أنَّ النبىَّ ﷺ

الإنصاف

فائدة : قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ولو خَطَبَتِ المَرْأَةُ أو وَلِيُّها الرَّجُلَ ابْتِداءً فأجابَها ، فيَنْبَغِى أنْ لا يحِلَّ لرَجُلٍ آخرَ خِطْبَتُها ، إلَّا أنَّه أضْعَفُ مِن أنْ يكونَ هو الخاطِبَ . ونَظِيرُ الأُولَى ، أنْ تخْطُبَه امْرَأَةٌ أو وَلِيُّها بعدَ أنْ يخْطُبَ هو امْرَأَةً ، فإنَّ هذا إيذاءٌ للمَخْطُوبِ فى المَوْضِعَين ، كما أنَّ ذاك إيذاءٌ للخاطِبِ ، وهذا بمَنْزِلَةِ البائعِ على بَيْعِ أخِيه قبلَ انْعِقادِ العَقْدِ ، وذلك كلُّه يَنْبَغِى أنْ يكونَ حرامًا .

---

(١) سقط من : الأصل .

المقنع

وَالتَّعْوِيلُ فِى الرَّدِّ وَالْإِجَابَةِ إِنْ لَمْ تَكُنْ مُجْبَرَةً عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ

الشرح الكبير

قد كان قال لها : « لَا تَسْبِقِينِى بِنَفْسِكِ » . وفى رِوايَةٍ : « إِذَا حَلَلْتِ فَآذِنِينِى » . فلم تكُنْ لتفْتَاتَ بالإِجابَةِ قبلَ إذنِه . الثانى ، أنَّها ذَكَرَتْ ذلك لرسولِ اللهِ ﷺ كالمُسْتَشِيرَةِ له فيهما أو فى العُدُولِ عنهما ، وليس فى الاسْتِشارَةِ دَلِيلٌ على تَرْجيحِ[1] أحدِ الأمرَيْن ، ولا مَيْلٍ إلى أحَدِهِما ، على أنَّها إنَّما ذَكَرَتْ ذلك لرسولِ اللهِ ﷺ لتَرْجعَ إلى قولِه ورَأْيِه ، وقد أشارَ عليها بترْكِهِما ؛ لما ذَكَر مِن عَيْبِهما ، فجَرَى ذلك مَجْرَى رَدِّها لهما ، وتَصْرِيحِها بمَنْعِهِما . ومِن وَجْهٍ آخَرَ ، وهو أنَّ النبىَّ ﷺ قد سَبَقَهُما بخِطْبَتِها تَعْرِيضًا[2] بقولِه لها ما ذَكَرْنا ، فكانت خِطْبَتُه لها مَبْنِيَّةً على الخِطْبَةِ السَّابِقَةِ ، بخِلافِ ما نحن فيه . فإن لم يَعْلَمِ الحالَ فعلى وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لعُمومِ النَّهْىِ . والثانى ، يَجُوزُ ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ الإِجابَةِ المُحَرِّمَةِ .

٣٠٧٨ – مسألة : (والتَّعْوِيلُ فِى الرَّدِّ والإِجابَةِ عليها إن لم تَكُنْ

الإنصاف

فائدةٌ أُخْرَى : لو أَذِنَتْ لوَلِيِّها أنْ يُزَوِّجَها مِن رجُلٍ بعَيْنِه ، احْتَمَلَ أنْ يحْرُمَ على غيرِه خِطْبَتُها ، كما لو خطَب فأجابَتْ ، ويَحْتَمِلُ أنْ لا يحْرُمَ ؛ لأنَّه لم يخْطُبْها أحَدٌ . قال ذلك القاضى أبو يَعْلَى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وهذا دَليلٌ مِن القاضى على أنَّ سُكُوتَ المرْأةِ عندَ الخِطْبَةِ ليس بإجابَةٍ بحالٍ .

قوله : والتَّعْوِيلُ فى الرَّدِّ والإِجابَةِ عليها ، إنْ لم تَكُنْ مُجْبَرَةً – بلا نِزاعٍ –

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى الأصل : « لها » .

المقنع مُجْبَرَةً ، فَعَلَى الْوَلِىِّ .

الشرح الكبير مُجْبَرَةً ، وإن كانت مُجْبَرَةً ، فعلى الوَلِىِّ) أمَّا إذا لم تكُنْ مُجْبَرَةً ؛ فلأنَّها أحَقُّ بنَفْسِها مِن وَلِيِّها ، فإن أجابَ هو ، وَرغِبَتْ عن النِّكاحِ ، كان الأمْرُ أمْرَها . فإن أجابَ وَلِيُّها فرَضِيَتْ ، فهو كإجابَتِها ، وإن سَخِطَتْ فلا حُكْمَ لإجابَتِه ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . ولو أجابَ الوَلِىُّ فى حَقِّ المُجْبَرَةِ ، فكَرِهَتِ المُجابَ واخْتارَتْ غيرَه ، سَقَط حُكْمُ إجابَةِ وَلِيِّها ؛ لكَوْنِ اختِيارِها مُقَدَّمًا على اخْتِيارِه . وإن كَرِهَتْه و لم تَخْتَرْ سِواه ، فيَنْبَغِى أن يَسْقُطَ حُكْمُ الإجابَةِ أيضًا ؛ لأنَّه قد أُمِرَ باسْتِئْمارِها ، فلا يَنْبَغِى له أن يُكْرِهَها على مَن[1] لا تَرْضاه . وإن أجابَتْ ثم رَجَعَتْ عن الإجابَةِ وسَخِطَتْه ، زال حُكْمُ الإجابَةِ ؛ لأنَّ لها الرُّجوعَ . وكذلك إذا رَجَع الوَلِىُّ المُجْبِرُ عن الإجابةِ ، زال حُكْمُها ؛ لأنَّ له النَّظَرَ فى أمْرِ مُوَلِّيَتِه ، ما لم يَقَعِ العَقْدُ . وإن لم تَرْجِعْ هى ولا وَلِيُّها ، لكنْ تَرَكَ الخاطِبُ الخِطْبَةَ ، أو[2] أذِنَ فيها ، جازت خِطْبَتُها ؛ لما رُوِىَ فى حديثِ ابنِ عمرَ ، عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه نَهَى أن يَخْطُبَ الرجلُ على خِطْبَةِ أخِيه ، حتى يَأْذَنَ أو يَتْرُكَ . رَواه البخارىُّ[3] .

الإنصاف وإنْ كانَتْ مُجْبَرَةً ، فعلى الوَلِىِّ . هذا المذهبُ ؛ سواءٌ رَضِيَتْ أو كَرِهَتْ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وصرَّح به القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وقال

---

(١) فى الأصل : « ما » .

(٢) فى م : « و » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١١/١٧٩ ، ١٨٠ ، وصفحة ٧٣ .

الشرح الكبير

فصل : وخِطْبَةُ الرجلِ على خِطبةِ أخيه[1] فى مَوْضِعِ النَّهْىِ مُحَرَّمَةٌ . قال أحمدُ : لا يَحِلُّ لأحَدٍ أن يَخْطُبَ فى هذه الحالِ . وقال أبو حَفْصٍ العُكْبَرِىُّ : هى مَكْرُوهَةٌ غيرُ مُحَرَّمَةٍ ، وهذا نَهْىُ تَأْدِيبٍ . ولَنا ، ظاهِرُ النَّهْىِ ، فإنَّ مُقْتَضاه التَّحْرِيمُ ، ولأنه نَهْىٌ عن الإِضْرارِ بالآدَمِىِّ المَعْصُومِ ، فكان على التَّحْرِيمِ ، كالنَّهْىِ عن أكْلِ [٦/٨٥و] مالِه . فإن فَعَل فنِكاحُه صحيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ فقال : لا يُفَرَّقُ بينَهما . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . ورُوِىَ عن مالكٍ ، وداودَ ، أنَّه لا يَصِحُّ . وهو قياسُ قولِ أبى بكرٍ ؛ لأنَّه قال فى البَيْعِ على بَيْعِ أخِيه : هو باطِلٌ . وهذا فى مَعْناه ؛ لأنَّه نِكاحٌ مَنْهِىٌّ عنه ، فكان باطِلًا ، كنِكاحِ الشِّغارِ . ولَنا ، أنَّ المُحَرَّمَ لم يُقارِنِ العَقْدَ ، فلم يُؤَثِّرْ ، كما لو صَرَّحَ بالخِطْبَةِ فى العِدَّةِ .

فصل : ولا يُكْرَهُ للوَلِىِّ الرُّجُوعُ (٢عن الإِجابَةِ٢) إذا رَأَى المَصْلَحَةَ لها فى ذلك ؛ لأنَّ الحَقَّ لها ، وهو نائِبٌ عنها فى النَّظَرِ لها ، فلم يُكْرَهْ له الرُّجُوعُ إذا رَأَى المَصْلَحَةَ ، كما لو ساوَمَ فى بَيْعِ دارِها ، ثم رَأَى المَصْلَحَةَ لها[3] فى تَرْكِها . ولا يُكْرَهُ لها أيضًا الرُّجُوعُ إذا كَرِهَتِ الخاطِبَ ؛ لأنَّه

الإنصاف

المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لو أجابَ وَلِىُّ المَرْأَةِ ، فكَرِهَتِ المُجابَ واخْتارَتْ غيرَه ، سقَط حُكْمُ إجابَةِ وَلِيِّها ، وإنْ كَرِهَتْه ولم تَخْتَرْ سِواه ، فيَنْبَغِى أنْ يسْقُطَ حُكْمُ الإجابَةِ ، وإنْ أجابَتْ ثم رجَعَتْ ، زالَ حُكْمُ الإجابَةِ .

---

(١) فى م : « غيره » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

عَقْدُ عُمرٍ يَدُومُ الضَّرَرُ فيه ، فكان لها الاحْتِياطُ لنَفْسِها ، والنَّظَرُ فى خِطْبَتِها . وإن رَجَعا عن ذلك لغيرِ غَرَضٍ ، كُرِهَ ؛ لما فيه مِن إخْلافِ الوَعْدِ والرُّجُوعِ عن القولِ ، ولم يَحْرُمْ ؛ لأنَّ الحَقَّ بعدُ لم يَلْزَمْهما[1] ، كمَن ساوَمَ بسِلْعَتِه ، ثم بدا له أن لا يَبِيعَها .

فصل : فإن كان الخاطِبُ الأوَّلُ ذِمِّيًّا ، لم تَحْرُمِ الخِطْبَةُ على خِطْبَتِه . نصَّ عليه أحمدُ ، فقال : « لا يَخْطُبُ على خِطْبَةِ أخِيه ، ولا يُساوِمُ على سَوْمِ أخيه » . إنَّما هو للمُسْلِمينَ ، ولو خَطَب على خِطْبَةِ يَهُودِىٍّ أو نَصْرانِىٍّ ، أو سام على سَوْمِهما ، لم يَكُنْ داخلًا فى ذلك ؛ لأنَّهم ليسوا بإخْوَةٍ للمُسْلِمينَ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : لا يَجُوزُ أيضًا ؛ لأنَّ هذا خَرَجَ مَخْرَجَ[2] الغالِبِ ، لا لتَخْصِيصِ المُسْلِمِ به . ولَنا ، أنَّ لَفظَ النَّهْىِ خاصٌّ فى المسْلمينَ ، وإلْحاقُ غيرِه به إنَّما يَصِحُّ إذا كان مثلَه ، وليس الذِّمِّىُّ كالمُسْلِمِ ، ولا حُرْمَتُه كحُرْمَتِه ، ولذلك لم تَجِبْ إجابَتُهم فى دَعْوَةِ الوَلِيمَةِ ونَحوِها . وقولُه : خَرَج مَخْرَجَ[2] الغالِبِ . قُلْنا : متى كان فى المَخْصُوصِ بالذِّكْرِ[3] مَعْنًى يصْلُحُ أن يُعْتَبَرَ فى الحُكْمِ ، لم يَجُزْ حَذْفُه ولا تَعْدِيَةُ الحُكْمِ بدُونِه ، والأُخُوَّةُ الإسلامِيَّةُ لها تَأْثِيرٌ فى وُجُوبِ الاحْتِرامِ ، وزِيادَةِ الاحْتِياطِ فى رِعايَةِ حُقُوقِه ، وحِفْظِ قَلْبِه ، واسْتِيفاءِ[4] مَوَدَّتِه ، فلا يَجُوزُ حَذْفُ ذلك .

(1) فى النسختين : « يلزمها » . وانظر المغنى ٥٧١/٩ .
(2) فى الأصل : « مجرى » .
(3) سقط من : م .
(4) كذا فى النسختين ، وفى المغنى ٥٧٢/٩ : « استبقاء » .

المقنع

وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكَاحِ مَسَاءَ يَوْمِ الْجُمُعَةِ . وَأَنْ يُخْطَبَ قَبْلَ الْعَقْدِ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ .

الشرح الكبير

٣٠٧٩ – مسألة : (ويُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكاحِ مساءَ يَوْمِ الجُمُعَةِ) لأنَّ جَماعَةً مِن السَّلَفِ اسْتَحَبُّوا ذلك ؛ منهم ضَمْرَةُ بنُ حَبِيبٍ ، وراشِدُ ابنُ سَعْدٍ[1] ، وحَبِيبُ بنُ عُتْبَةَ[2] . ولأنَّه يومٌ شَرِيفٌ ويومُ عيدٍ ، وفيه خُلِقَ آدمُ عليه السلامُ[3] . والمساءُ به[4] أوْلَى ؛ فإنَّ أبا حَفْصٍ روَى بإسنادِه ، عن أبى هُرَيْرَةَ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَسُّوا بِالْإِمْلَاكِ ، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ »[5] . ولأنَّه أقْرَبُ إلى مَقْصُودِه ، وأقلُّ لانتظارِه .

٣٠٨٠ – مسألة : (و) يُسْتَحَبُّ (أنْ يَخْطُبَ قَبْلَ العَقْدِ بخُطْبَةِ ابنِ مسعودٍ) خُطْبَةُ العاقِدِ أو غيرِه قبلَ الإِيجابِ والقَبولِ مُسْتَحَبَّةٌ ، ثم يكونُ

الإنصاف

قوله : ويُسْتَحَبُّ عَقْدُ النِّكاحِ مَساءَ يَوْمِ الجُمُعَةِ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ القادِرِ فى « الغُنْيَةِ » : يُسْتَحَبُّ عَقْدُه يَوْمَ الجُمُعَةِ أو الخَمِيسِ ، والمساءُ أَوْلَى .

قوله : وأنْ يخْطُبَ قبلَ العَقْدِ بخُطْبَةِ ابنِ مَسْعُودٍ . وهذا المذهبُ أيضًا ، وعليه الأصحابُ ، والعَمَلُ عليه قديمًا وحديثًا . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ القادِرِ : إنْ أخَّرَ الخُطْبَةَ عن العَقْدِ جازَ . انتهى . قلتُ : يَنْبَغِى أنْ يُقالَ : مع النِّسْيانِ بعدَ العَقْدِ .

---

(١) فى م : « سعيد » .

(٢) فى م : « عنبة » . ولم نجد له ترجمة .

(٣) انظر ما تقدم فى ٥/١٥٧ .

(٤) سقط من : م .

(٥) قال فى الإرواء ٦/٢٢١ : لم أقف على إسناده .

الشرح الكبير

العقدُ بعدَ ذلك ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « كُلُّ أمْرٍ ذِى بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ للهِ ، فَهُوَ أَقْطَعُ »[1] . وقال : « كُلُّ خُطْبَةٍ لَيْسَ فِيهَا شَهَادَةٌ ، فَهِىَ كَالْيَدِ الْجَذْمَاءِ »[2] . رَواهما ابنُ [٦/٨٥ظ] المُنْذِرِ . ويُجْزِئُ مِن ذلك أن يَحْمَدَ اللهَ تعالى ، ويَتَشَهَّدَ ، ويُصَلِّىَ على النبيِّ ﷺ . ويُسْتَحَبُّ أن يَخْطُبَ بخُطْبَةِ ابنِ مسعودٍ ، التى قال : عَلَّمَنا رسولُ اللهِ ﷺ التَّشَهُّدَ فى الصلاةِ والتَّشَهُّدَ فى الحاجَةِ ، قال : التَّشَهُّدُ : [3]فى الحاجَةِ : أنِ[3] الحمدُ للهِ نَحْمَدُه ، ونَستَعينُه ، ونَعُوذُ باللهِ مِن شُرُورِ أنْفُسِنا ، مَن يَهْدِه اللهُ فَلا مُضِلَّ له ، ومَن يُضْلِلْ فلا هادِىَ له ، وأشْهَدُ أنْ لا إلَهَ إلَّا اللهُ ، وأشْهَدُ أنَّ محمدًا عَبْدُه ورسولُه ، ويَقرَأُ ثَلاثَ آياتٍ : ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴾ ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِ وَٱلْأَرْحَامَ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾ ﴿ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴾ . الآية . رَواه

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يزيدُ على خُطْبَةِ ابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وقال فى « العُمْدَةِ » : ويَقْرَأُ ثلاثَ آياتٍ . وذكَرَها . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : يأْتِى بخُطْبَةِ ابنِ مَسْعُودٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، بالآياتِ الثَّلاثِ ، وأنَّ اللهَ أمرَ بالنِّكاحِ ونهَى عنِ السِّفاحِ ، فقال مُخْبِرًا وآمِرًا : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ إِن يَكُونُوا

(١) تقدم تخريجه فى ٥/٢٢٠ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الخطبة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢/٥٦٠ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٢٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٠٢ ، ٣٤٣ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير أبو داودَ ، والتِّرمِذِىُّ[1] ، وقال : حديثٌ حسنٌ . قال الخَلَّالُ : ثنا أبو سليمانَ[2] إمامُ طَرَسُوسَ ، قال : كان أحمدُ بنُ حنبلٍ إذا حضَر عَقْدَ نِكاحٍ فلم يُخْطَبْ فيه[3] بخُطْبَةِ ابنِ مَسْعودٍ ، قامَ[4] وتَركَهم . وهذا كان مِن أبى عبدِ اللهِ على طَرِيقِ المُبالَغَةِ فى اسْتِحْبابِهَا ، لا على الإيجابِ لها ؛ فإنَّ حَرْبَ بنَ إسماعيلَ قال : قُلْتُ لأحمدَ : فيَجِبُ أن تكونَ خُطْبَةُ النِّكاحِ مثلَ قولِ ابنِ مسعودٍ ؟ فوَسَّعَ فى ذلك . وقد رُوِىَ عن ابنِ عُمَرَ ، أنَّه كان إذا دُعِىَ لتَزْوِيجٍ ، قال : لَا تَفْضُضُوا[5] علينا النَّاسَ ، الحمدُ للهِ ، وصلَّى اللهُ على محمدٍ ، إنَّ فُلانًا يَخْطُبُ إليكم ، فإن أنْكَحْتُمُوه فالحَمدُ للهِ ، وإن رَدَدْتُمُوه فسُبْحانَ اللهِ[6] . والمُسْتَحَبُّ خُطْبَةٌ واحِدَةٌ[7] يَخْطُبُها

الإنصاف فُقَرَآءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾[8] . وقال الشَّيْخُ عَبْدُ القادِرِ : يُسْتَحَبُّ أنْ يزيدَ هذه الآيَةَ أيضًا .

---

(1) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود 489/1 . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى خطبة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى 19/5 - 21 . كما أخرجه النسائى ، فى : باب كيفية الخطبة ، من كتاب الجمعة . المجتبى 85/3 ، 86 . وابن ماجه ، فى : باب خطبة النكاح . من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه 609/1 . والدارمى ، فى : باب فى خطبة الحاجة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى 142/2 . والإمام أحمد ، فى : المسند 392/1 ، 393 ، 432 .

(2) لم نجده .

(3) سقط من : الأصل .

(4) فى الأصل : « قال » .

(5) فى الأصل : « تقصبوا » . وفى م : « تغصوا » . والمثبت من السنن الكبرى . أى : لا تفرقوا جمعهم .

(6) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى 181/7 .

(7) سقط من : م .

(8) سورة النور 32 .

الشرح الكبير

الوَلِىُّ أو الزَّوجُ أو غيرُهما . وقال الشافعىُّ : المَسْنُونُ خُطْبَتان . هذه التى ذَكَرْناها فى أوَّلِه ، وخُطْبَةٌ مِن الزَّوجِ قبلَ قَبُولِه . والمَنقولُ عن النبىِّ ﷺ ، وعن السَّلَفِ ، خُطْبَةٌ واحِدَةٌ ، وهو أَوْلَى ما اتُّبِعَ .

فصل : وليستِ الخُطْبَةُ واجِبَةً عندَ أحَدٍ مِن أهلِ العِلمِ (١فيما عَلِمْنا١) إلَّا داودَ ، فإنَّه أوْجَبَها ؛ لما ذَكَرْناه . ولَنا ، أنَّ رجلًا قال للنبىِّ ﷺ : زَوِّجْنِيها . فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . ولم يَذْكُرْ خُطْبَةً . وخُطِبَ إلى ابنِ عمرَ مَوْلاةٌ له ، فما زادَ على أن قال : قد أنْكَحْتُك على ما أمَرَ اللهُ ، على إمْساكٍ بمَعْرُوفٍ ، أو تَسْرِيحٍ بإحسانٍ[٣] . وقال جَعْفَرُ بنُ محمدٍ عن أبيه : إن كان الحُسَيْنُ لَيُزَوِّجُ بعضَ بَناتِ الحَسَنِ وهو[٤] يَتَعَرَّقُ العَرْقَ[٥] . رَواهُما ابنُ المنذرِ . ورَوَى أبو داودَ[٦] بإسْنادِه ، عن رجلٍ مِن بنى

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، كان الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، إذا حضَر العَقْدَ و لم يَسْمَعِ الخُطْبَةَ ، انْصَرفَ . والمُجْزِئُ منها ، أنْ يَتَشَهَّدَ ويُصَلِّىَ على النَّبِىِّ ﷺ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٤/ ٣٨٠ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب القول عند النكاح ، من كتاب النكاح . المصنف ٦/ ١٨٨ ، ١٨٩ . وابن أبى شيبة ، فى : باب فى الرجل يزوج أيشترط إمساكا بمعروف ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الشرط عند عقد النكاح . السنن ١ / ١٨٦ ، ١٨٧ . والبيهقى ، فى : باب ما يستحب للولى من الخطبة والكلام ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٤٧ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) أى يأكل ما على العظم من لحم رقيق .

والأثر أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ١٨٨ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/ ٣٨١ .

(٦) فى : باب فى خطبة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٩ .

المقنع

وَأَنْ يُقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ : بَارَكَ اللهُ لَكُمَا وَعَلَيْكُمَا ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِى خَيْرٍ وَعَافِيَةٍ .

الشرح الكبير

سُلَيْمٍ ، قال خَطَبْتُ إلى رسولِ اللهِ ﷺ أُمامَةَ بنتَ عبدِ المُطَّلِبِ ، فأنْكَحَنِى مِن غيرِ أن يَتَشَهَّدَ . ولأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فلم تَجِبْ فيه الخُطْبَةُ كالبَيْعِ ، وما اسْتَدَلُّوا به يَدُلُّ على عَدَمِ الكَمالِ بدونِ الخُطْبَةِ ، لا على الوُجُوبِ .

٣٠٨١ – مسألة ؛ (و) يُسْتَحَبُّ (أن يُقَالَ للمُتَزَوِّجِ : بارَكَ اللهُ لكما ، وعليكما ، وجَمَعَ بينَكما فى خَيْرٍ وعافِيَةٍ) وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ رَأى على عبدِ الرحمنِ بنِ عوفٍ أثَرَ[1] صُفْرَةٍ ، فقال : « مَا هَذَا ؟ » . قال : إنِّى تَزَوَّجْتُ على وَزْنِ نَواةٍ [2]مِن ذَهَبٍ[2] قال : « بَارَكَ اللهُ لَكَ ، أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ » . مُتَّفَقٌ عليه[3] . قال بعضُ أهلِ العلمِ : وَزْنُ [٨٦/٦ و]

الإنصاف

الثَّانيةُ ، قال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه على المُحَرَّرِ » : وقَع فى كلامِ القاضى فى « الجامِعِ » ما يقْتَضِى أنَّه يُسْتَحَبُّ أنْ يتزَوَّجَ فى شَوَّالٍ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا ... ﴾ ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إخاء النبى ﷺ بين المهاجرين والأنصار ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب قول الرجل لأخيه : انظر أىَّ زوجتى شئت ، وباب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ... ﴾ . وباب الصفرة للمتزوج ...، وباب كيف يدعى للمتزوج ، وباب الوليمة حق ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الإخاء والحلف ، من كتاب الأدب ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٦٨/٣ ، ٦٩ ، ٣٩/٥ ، ٤/٧ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٢٧/٨ ، ١٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد .. ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤٢/٢ ، ١٠٤٣ .

=

المقنع

وَإِذَا زُفَّتْ إِلَيْهِ ، قَالَ : اللَّهُمَّ إِنِّى أَسْأَلُكَ خيْرَهَا وَخيْرَ مَا جَبلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبلْتَهَا عَلَيْهِ .

الشرح الكبير

نَواةٍ خَمْسَةُ دَراهِمَ ، وذلك ثَلاثةُ مَثاقِيلَ ونِصفٌ مِن الذَّهَبِ . وقال المُبَرِّدُ : الصَّوابُ عندَ أهلِ العَرَبِيَّةِ أن يُقالَ : على[1] نواةٍ . فحَسْبُ ؛ فإنَّ النَّواةَ عندَهم اسْمٌ لخَمْسَةِ دَراهِمَ ، كما أنَّ الأُوقِيَّةَ أرْبَعون دِرْهَمًا ، والنَّشَّ عِشْرُونَ .

٣٠٨٢ – مسألة : (ويقُولُ إذا زُفَّتْ إليه : اللَّهُمَّ إنِّى أسْأَلُكَ خَيْرَها وخَيْرَ ما جَبَلْتَها عليه ، وأعُوذُ بك مِن شَرِّها وشَرِّ ما جَبَلْتَها عليه) لما رَوَى صالحُ بنُ أحمدَ ، فى « مَسائلِه » ، عن أبيه ، ثنا داودُ ، عن أبى نَضْرَةَ ، عن أبى سعيدٍ[2] مَوْلَى أبى أُسَيْدٍ ، قال : تَزَوَّجَ[3] ، فحَضَرَه عبدُ اللهِ ابنُ مَسعودٍ ، وأبو ذَرٍّ ، وحُذَيْفَةُ ، وغيرُهم مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ ، فحَضَرَتِ الصلاةُ ، فقَدَّمُوه وهو مَمْلُوكٌ ، فصَلَّى بهم ، ثم قالوا

الإنصاف

....

= كما أخرجه أبو داود ، فى : باب قلة المهر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٢ ، ٣ . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦١٥ ، والدارمى ، فى : باب فى الوليمة ، من كتاب الأطعمة ، وكتاب النكاح ٢/١٠٤ ، ١٤٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/٥٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٦٥ ، ١٩٠ ، ٢٠٥ ، ٢٧١ .

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « أسعد » .

(٣) أى أبو سعيد مولى أبى أسيد .

المقنع ....

الشرح الكبير

له : إذا دَخَلْتَ على أهلِكَ فصَلِّ رَكعتَيْن ، ثم خُذْ برَأْسِ أهْلِكَ ، فقُلْ : اللَّهم بارِكْ لى فى أهْلِى ، وبارِكْ لأهْلِى فِيَّ ، وارْزُقْهُم مِنِّى ، وارْزُقْنِى منْهم . ثم شَأْنَك وشَأْنَ أهلِكَ[1] . ورَوَى أبو داودَ[2] بإسْنادِه عن عَمْرِو ابنِ شُعيبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، عن النبيِّ ﷺ ، أنَّه قال : « إذا تَزَوَّجَ [3]أحَدُكُم امْرَأَةً أو[3] اشْتَرَى خَادِمًا ، فَلْيَقُلْ : اللَّهُمَّ إنِّى أسْأَلُكَ خَيْرَهَا ، وَخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ . وإذَا اشْتَرَى بَعِيرًا ، فَلْيَأْخُذْ بِذُرْوَةِ سَنَامِهِ ، وَلْيَقُلْ مِثْلَ ذَلِكَ » .

الإنصاف ....

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٣٩١/٢ ، ١٩١/٦ ، ١٩٢ .

(٢) فى : باب فى جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٩٨/١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفى : باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٢ / ٧٥٧ .

(٣ - ٣) فى م : « امرأة و » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

فائدةٌ : فى خَصائصِه ﷺ[1] :

كان له ﷺ أنْ يتزوَّجَ بأىِّ عددٍ شاءَ . فيكونُ قوْلُه تعالَى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ ﴾[2] [٣/٨و] ناسِخًا لقوْلِه : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ ﴾[3] . قالَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ » : كانَ له أنْ يتزوَّجَ بأىِّ عددٍ شاءَ ، إلى أنْ نزَل قوْلُه تعالَى : ﴿ لَا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعْدُ ﴾ فتكونُ هذه الآيَةُ ناسِخَةً للآيَةِ الأُولَى . وقال القاضى : الآيَةُ الأُولَى تدُلُّ على أنَّ مَن لم تُهاجِرْ معه مِنَ النِّساءِ ، لم تحِلَّ له . قال فى « الفُروعِ » : فيَتَوجَّهُ احْتِمالٌ ، أنَّه شَرْطٌ فى قَراباتِه فى الآيَةِ لا الأَجْنَبِيَّاتِ . انتهى . وكان له ﷺ أنْ يتزوَّجَ بلا وَلِىٍّ ولا شُهودٍ ، وفى زَمَنِ الإِحْرامِ أيضًا . قدَّمه فى « الفُروعِ » . قال القاضى فى « الجامعِ الكَبيرِ » : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ المَيْمُونِىِّ ، جَوازُ النِّكاحِ له[4] بلا وَلِىٍّ ولا شُهودٍ ، وفى زَمَنِ الإِحْرامِ . وأطْلَقَ أبو الحُسَيْنِ ، ووالِدُه ، وغيرُهما وَجْهَيْن . وقال ابنُ حامِدٍ : لم يَكُنْ له النِّكاحُ بلا وَلِىٍّ ولا شُهودٍ ولا زَمَنَ الإِحْرامِ مُباحًا . وكان له ﷺ أنْ يتزوَّجَ بلَفْظِ الهِبَةِ . جزَم به فى « الفُصولِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقد جزَم ابنُ الجَوْزِىِّ بجَوازِه عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وعنه ، الوَقْفُ . وكان له ﷺ أنْ يتزوَّجَ بلا مَهْرٍ . جزَم به الأَصحابُ ، وجزَم به ابنُ الجَوْزِىِّ عن العُلَماءِ . وكان ﷺ واجبٌ عليه السِّواكُ والأُضْحِيَةُ والوِتْرُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى

---

(١) انظر فى خصائصه ﷺ كتاب تلخيص الحبير ، لابن حجر ٣/١١٧ - ١٤٤ . حيث استوفى فيه الخصائص .

(٢) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٣) سورة الأحزاب ٥٢ .

(٤) سقط من : ط .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « خِصالِ ابنِ البَنَّا » ، و « العُدَّةِ » للشَّيْخِ عبدِ اللهِ كُتَيْلَةَ[1] . وقدَّمه فى « الفُصولِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : وُجوبُ السِّواكِ اخْتِيارُ القاضى وابنِ عَقِيلٍ . وقيل : ليس بواجِبٍ عليه ذلك . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ . ذكَره عنه[2] فى « الفُصولِ » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، [3]و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، فى السِّواكِ ، فى بابِه[3] . وقال فى « الفُصولِ » : وكان واجِبًا عليه ﷺ رَكْعَتا الفجرِ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وكان واجِبًا عليه الضُّحَى . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : هذا غَلَطٌ ، ولم يكُنْ ﷺ يُواظِبُ على الضُّحَى باتِّفاقِ العُلَماءِ بسُنَّتِه . وكان ﷺ واجِبًا عليه قِيامُ اللَّيْلِ ، ولم يُنْسَخْ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ذكَرَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُروعِ » . وقيل : نُسِخَ . جزَم به فى « الفُصولِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . [3]ومِن خَصائصِه ﷺ أنَّه لوِ ادُّعِىَ عليه ، كان القَوْلُ قَوْلَه مِن غيرِ يَمِينٍ ، وإنِ ادَّعَى هو بحَقٍّ ، كان القَوْلُ قَوْلَه مِن غيرِ يَمِينٍ . قالَه أبو البَقاءِ العُكْبَرِىُّ . نقَلَه عنه ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه على المُحَرَّرِ »[3] . وأُوجِبَ عليه ﷺ أنْ يُخَيِّرَ نِساءَه بينَ فِراقِه والإقامَةِ معه . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه ﷺ فى وُجوبِ التَّسْوِيَةِ فى القَسْمِ كغيرِه . وذكَرَه فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُنونِ » ، و « الفُصولِ » . وظاهِرُ كلامِ ابنِ الجَوْزِىِّ ، أنَّه غيرُ واجِبٍ . وفى « المُنْتَقَى » احْتِمالان . قال أصحابُنا ؛ القاضى وغيرُه : وفُرِضَ عليه ﷺ إنْكارُ المُنْكَرِ إذا رَآه على كلِّ حالٍ . قال فى « الرِّعايَةِ » :

(1) تقدمت ترجمته فى ١/٥٧ .
(2) سقط من : الأصل .
(3 - 3) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف فُرِضَ عليه إنْكارُ المُنْكَرِ إذا رَآه(1على كلِّ حالٍ1) ، وغيرِه فى حالٍ دُونَ حالٍ . قلتُ : حكَى ذلك قوْلًا ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » ، واقْتصرَ عليه . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وقيل : فُرِضَ عليه إنْكارُ المُنْكَرِ . واقْتصرَ عليه . ومُنِعَ ﷺ مِن الرَّمْزِ بالعَيْنِ والإِشارَةِ بها ، وإذا لَبِسَ لَأْمَةَ الحَرْبِ أنْ يَنْزَعَها(2) حتى يَلْقَى العَدُوَّ . ومُنِعَ ﷺ أيضًا مِنَ الشِّعْرِ والخَطِّ وتَعلُّمهما . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه صُرِفَ عن الشِّعْرِ ، كما أُعْجِزَ عن الكِتابةِ ، قال : ويَحْتَمِلُ أنْ يجْتَمِعَ الصَّرْفُ والمَنْعُ . ومُنِعَ ﷺ مِن نِكاحِ الكِتابِيَّةِ كالأَمَةِ مُطْلَقًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقالَه ابنُ شاقْلَا ، وابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « الفُصولِ » . وعنه ، لم يُمْنَعْ . واخْتارَه الشَّرِيفُ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : يُباحُ له ﷺ مِلْكُ اليَمِينِ ، مُسْلِمَةً كانتْ أو مُشْرِكَةً . وتقدَّم فى أواخِرِ بابِ ذِكْرِ أهْلِ الزَّكاةِ(3) حُكْمُ الصَّدَقَةِ له . وأُبِيحَ له ﷺ الوِصالُ ، وخُمْسُ خُمْسِ الغَنِيمَةِ . قال المُصَنِّفُ : وإنْ لم يحْضُرْ . وأُبِيحَ له ﷺ الصَّفِىُّ مِنَ المَغْنَمِ ، ودُخولُ مكَّةَ مُحِلًّا ساعَةً ، وجُعِلَتْ تركَتُه ﷺ صَدَقَةً . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِهم ؛ لا يُمْنَعُ مِنَ الإِرْثِ . وقال فى « عُيونِ المَسائلِ » : لا يَرِثُ ولا يَعْقِلُ بالإِجْماعِ . وله ﷺ أخْذُ الماءِ مِنَ العَطْشانِ . ويَلْزَمُ كلَّ واحدٍ أنْ يَقِيَه بنَفْسِه ومالِه ، فله طَلَبُ ذلك . وحَرُمَ على غيرِه نِكاحُ زَوْجاتِه فقط . وجوَّز ابنُ حامِدٍ وغيرُه نِكاحَ مَن فارَقَها فى حَياتِه ، وهُنَّ أزْواجُه فى الدُّنْيا والآخِرَةِ ، وهُنَّ [٨/٣ ظ] أُمَّهاتُ المُؤْمِنِين . يعْنِى ، فى تَحْريمِ النِّكاحِ . والنَّجِسُ مِنَّا طاهِرٌ منه . ذكَرَه فى « الفُنونِ » وغيرِه . وقدَّمه

(1 - 1) زيادة من : ا .

(2) فى ا : « لاينزعها » .

(3) ٧/٢٨٩ .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

فى « الفُروعِ » . وفى « النِّهايةِ » لأبى المَعالِى وغيرِها : ليس بطاهِرٍ . وهو ﷺ طاهِرٌ بعدَ مَوْتِه ، بلا نِزاعٍ بينَ العُلَماءِ ، بخِلافِ غيرِه ، فإنَّ فيه خِلافًا ، على ما تقدَّم فى بابِ إزالَةِ النَّجاسَةِ[1] . ولم يذْكُرِ الأصحابُ هذه المَسْأَلَةَ هنا ، وذكَر ابنُ عَقِيلٍ ، أنَّه لم يَكُنْ له فَىْءٌ فى شَمْسٍ ولا قَمَرٍ ؛ لأنَّه نُورانِىٌّ ، والظِّلُّ نَوْعُ ظُلْمَةٍ . وكانتْ تجْتَذِبُ الأرْضُ أثْفالَهُ[2] . انتهى . وساوَى الأنْبياءَ فى مُعْجِزاتِهم ، وانْفرَدَ بالقُرْآنِ ، والغَنائمِ ، وجُعِلَتْ له الأرْضُ مَسْجدًا وتُرابُها طَهُورًا ، والنَّصْرُ بالرُّعْبِ مَسِيرَةَ شَهْرٍ ، وبُعِثَ إلى النَّاسِ كافَّةً ، وكلُّ نَبِىٍّ إلى قَوْمِه . ومُعْجِزاتُه ﷺ باقِيَةٌ إلى يَوْمِ القِيامَةِ ، وانْقطَعَتْ مُعْجِزاتُ الأنْبياءِ بمَوْتِهم . وتَنامُ عيْنُه ولا ينامُ قَلْبُه ، فلا نَقْضَ بنَوْمِه مُضْطَجِعًا . وتقدَّم ذلك فى نَواقِضِ الوُضوءِ[3] . ويرَى مِن خَلْفِه كما يرَى مِن أمامِه . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، وجُمْهورُ العُلَماءِ : هذه الرُّؤْيَةُ رُؤْيَةٌ بالعَيْنِ حَقِيقةً . ولم يَكُنْ لغيرِه أنْ يقْتُلَ إلَّا بإحْدَى ثلاثٍ ، وكان له ذلك ، صلَواتُ اللهِ وسلامُه عليه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ أبِى داودَ . والدَّفْنُ فى البُنْيانِ مُختَصٌّ به، قالتْ عائشةُ : لئَلَّا يُتَّخَذَ قَبْرُه مَسْجِدًا . وقال جماعةٌ : لوَجْهَين ؛ أحدُهما ، قوْلُه ﷺ : « يُدْفَنُ الأنْبياءُ حيثُ يَمُوتُون »[4] . رواه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ . والثَّانى ، لئَلَّا تمَسَّه أيْدِى العُصاةِ والمُنافِقين . قال أبو المَعالِى : وزِيارَةُ قَبْرِ رسولِ اللهِ ﷺ مُسْتَحَبَّةٌ للرِّجالِ والنِّساءِ . قال فى « الفُروعِ » : وهو ظاهِرُ كلامِ[5] غيرِه . قلتُ : فيُعايَى بها . وقال ابنُ الجَوْزِىِّ ، على قولِ أكثرِ المُفَسِّرِين فى قوْلِه : ﴿ وَلَا

---

(1) ٢/ ٣٤٠ .

(٢) فى الأصل : « أثقاله » .

(٣) ٢/ ٢١ .

(١) تقدم تخريجه فى ٦/ ٢٣٨ .

(٢) فى الأصل : « كلامه » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ ﴾[1] : لا تُهْدِ لتُعْطَى أكثرَ ، هذا الأدَبُ للنَّبىِّ ﷺ خاصَّةً ، وأنَّه لا إثْمَ على أُمَّتِه فى ذلك . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : خُصَّ النَّبىُّ ﷺ بواجِباتٍ ، وَمحْظُوراتٍ ، ومُباحاتٍ ، وكَراماتٍ . وذكَر جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ ، أنَّه خُصَّ بصَلاةِ رَكْعتَين بعدَ العَصْرِ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قال ابنُ بَطَّةَ : كان خاصًّا به . وكذا أجابَ القاضى . قال فى « الفُروعِ » : ويتوَجَّهُ ، أنَّ صَلاتَه قاعِدًا بلا عُذْرٍ كصَلاتِه قائمًا ، خاصٌّ به . قال : وظاهِرُ كلامِهم ، أنَّه لو كان لنَبىٍّ مالٌ ، أنَّه تَلْزَمُه الزَّكاةُ . وقيل للقاضى : الزَّكاةُ طُهْرَةٌ ، والصَّبِىُّ مُطَهَّرٌ . قال : باطِلٌ بزَكاةِ الفِطْرِ ثم بالأنْبِياءِ ، صَلَواتُ اللهِ وسلامُه عليهم ؛ بأنَّهم مُطَهَّرُون ، ولو كان لهم مالٌ ، لَزِمَتهم الزَّكاةُ .

(١) سورة المدثر ٦ .

المقنع

بَابُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِهِ

[٢٠٢و] فَأَرْكَانُهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ . وَلَا يَنْعَقِدُ الْإِيجَابُ إِلَّا بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ بِالْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهُمَا ، أَوْ بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصِّ بِكُلِّ لِسَانٍ لِمَنْ لَا يُحْسِنُهُمَا .

الشرح الكبير

بابُ أَرْكَانِ النِّكَاحِ وَشُرُوطِه

(أَرْكانُه الإِيجابُ والقَبُولُ ، فلا يَنْعَقِدُ إِلَّا بلَفْظِ النِّكَاحِ والتَّزْوِيجِ بالعَرَبيَّةِ لمَن يُحْسِنُهما ، أو بمَعناهُما الخاصِّ بكلِّ لسانٍ لمَن لا يُحْسِنُهما) وجُملتُه ، أنَّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ بلَفْظِ النِّكاحِ والتَّزْوِيجِ ، والجَوابِ عنهما إجماعًا ، وهما اللَّذانِ وَرَد بهما نصُّ الكتابِ فى قولِه سبحانَه : ﴿ زَوَّجْنَٰكَهَا ﴾[1] . وقولِه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[2] . وسَواءٌ اتَّفَقا مِن الجانِبَيْن أو اخْتَلَفا ، مثلَ أن يقولَ :

الإنصاف

بابُ أرْكانِ النِّكاحِ وشُرُوطِه

قوله : ولا يَنْعَقِدُ الإِيجابُ إِلَّا بلَفْظِ النِّكاحِ والتَّزْوِيجِ . والقَبُولُ أن يقُولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . أو : هذا التَّزْوِيجَ . ومِن أَلْفاظِ صِيَغِ القَبُولِ : تَزَوَّجْتُها . قال فى « الفُروعِ » : أو : رَضِيتُ هذا النِّكاحَ . اعْلَمْ أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ ، أنَّ النِّكاحَ لا يَنْعَقِدُ إِلَّا بالإِيجابِ والقَبُولِ بهذه الأَلفاظِ ، لاغيرُ . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ،

---

(١) سورة الأحزاب ٣٧ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

الشرح الكبير

زَوَّجْتُكَ ابنتِى . فيقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ – أو – هذا التَّزْوِيجَ . و[1] لا يَنْعَقِدُ بغيرِ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْن . وبه قال عطاءٌ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والزُّهْرِىُّ ، ورَبِيعَةُ ، والشافعىُّ . وقال الثَّوْرِىُّ ، والحسنُ بنُ صالحٍ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ : يَنْعَقِدُ بلفظِ الهِبَةِ والصَّدَقَةِ والبَيْعِ والتَّمْلِيكِ . وفى لفظِ الإجارَةِ عن أبى حنيفةَ رِوايَتان . وقال مالكٌ : يَنْعَقِدُ بذلك إذا ذَكَرَ المَهْرَ . واحْتَجُّوا بأنَّ النبىَّ ﷺ زَوَّجَ رجلًا امرأةً فقال : « مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ » . رَواه البخارىُّ[2] . ولأنَّه لَفْظٌ يَنْعَقِدُ به تَزْوِيجُ النبىِّ ﷺ ، فانْعَقَدَ به نِكاحُ

الإنصاف

وقطَع به كثيرٌ منهم ؛ منهم صاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يصِحُّ ، ويَنْعَقِدُ بالكِنايَةِ أيضًا . وخرَّجه ابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » مِن جَعْلِه عِتْقَ الأَمَةِ صَداقَها . وخرَّجه بعضُهم مِن قَوْلِ الخاطِبِ والوَلِىِّ : نعم . فإنَّه لم يقَعْ مِنَ المُتَخاطِبَين لَفْظٌ صريحٌ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يَنْعَقِدُ بما عدَّه النَّاسُ نِكاحًا ، بأىِّ لُغَةٍ ولَفْظٍ وفِعْلٍ كان . وقال : مِثْلُه كلُّ عَقْدٍ . وقال : الشَّرْطُ بينَ النَّاسِ ماعدُّوه شَرْطًا ؛ فالأسْماءُ تُعْرَفُ حُدودُها تارَةً بالشَّرْعِ ، وتارَةً باللُّغَةِ ، وتارَةً بالعُرْفِ ، وكذلك العُقودُ . انتهى . ونقَلَه صاحِبُ « الفُروعِ » . وقال ابنُ خَطِيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه على المُحَرَّرِ » : قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، ومِن خَطِّه نقَلْتُ : الذى عليه أكثرُ العُلَماءِ ، أنَّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ بغيرِ لَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . قال :

---

(١) فى الأصل : « أو » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٤/٣٨٠ .

الشرح الكبير

أُمَّتِه ، كلَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْويجِ ، ولأنَّه أمْكَنَ تَصْحِيحُه بمَجازِه ، فوَجَبَ تَصْحِيحُه ، كإيقاعِ الطَّلاقِ بالكِناياتِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِىِّ ﴾ إلى قولِه : ﴿ خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[1] . فذَكَرَ ذلك خالصًا لرسولِ اللهِ ﷺ . ولأنَّه لفظٌ يَنْعقِدُ به غيرُ النِّكاحِ ، فلم يَنْعقِدْ به النِّكاحُ ، كلَفْظِ [2]الإجارَةِ و[2]

الإنصاف

وهو المَنْصوصُ [٣/٩و] عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وقِياسُ مذهبِه ، وعليه قُدَماءُ أصحابِه ؛ فإنَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نصَّ فى غيرِ مَوْضِعٍ على أنَّه ينْعَقِدُ بقَوْلِه : جعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . وليس فى هذا اللَّفْظِ إنْكاحٌ ولا تَزْويجٌ ، ولم ينْقُلْ أحَدٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه خصَّه بهذين اللَّفْظَين ، وأوَّلُ مَن قال مِن أصحابِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فيما عَلِمْتُ ، أنَّه يَخْتَصُّ بلَفْظِ الإنْكاحِ والتَّزْويجِ ، ابنُ حامِدٍ ، وتَبِعَه على ذلك القاضى ومَن جاءَ بعدَه ؛ لسَبَبِ انْتِشارِ كُتُبِه ، وكَثْرَةِ أصحابِه وأتْباعِه . انتهى . وقال فى « الفائقِ » : وقال شيْخُنا : قِياسُ المذهبِ صِحَّتُه بما تَعارَفاه نِكاحًا ؛ مِن هِبَةٍ وتَمْليكٍ ونحوِهما ، أخْذًا مِن قَوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ : أعْتَقْتُكِ وجعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . قال فى « الفائقِ » : وهو المُخْتارُ . ثم قال : قلتُ : ليس فى كلامِ الإمامِ أحمدَ تَخْصِيصُ ما ذكَرَه الأصحابُ إلَّا قوْلَه : إذا وَهَبَتْ نفْسَها فليس بنِكاحٍ . ثم قال : والأظْهَرُ أنَّ فى صِحَّتِه بلَفْظِ الهِبَةِ ونحوِها رِوايتَيْن ؛ أخْذًا مِن قوْلِ ابنِ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، فى الخَصائصِ مِن كِتابِ النِّكاحِ : واخْتَلَفتِ الرِّوايَةُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، هل النِّكاحُ بلَفْظِ الهِبَةِ مِن خَصائصِه ﷺ أمْ لا ؟ انتهى كلامُ صاحِبِ « الفائقِ » . وسُئِلَ الشَّيْخُ

(١) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الإِباحَةِ والإِحلالِ ، (١)ولأنَّه ليس بصَرِيحٍ فى النِّكاحِ ، فلا يَنْعَقِدُ به ، كالذى ذَكَرْنا(١) . وهذا لأنَّ الشَّهادَةَ شَرْطٌ فى النِّكاحِ ، [٨٦/٦ظ] والكِنايَةُ إنَّما تُعْلَمُ(٢) بالنِّيَّةِ ، ولا يُمْكِنُ الشَّهادَةُ على النِّيَّةِ ؛ لعَدَمِ اطِّلاعِهم عليها ، فيَجِبُ أن لا يَنْعَقِدَ ، وبهذا فارَقَ بَقِيَّةَ العُقُودِ والطَّلاقَ . وأمَّا الخَبَرُ ، فقد رُوِىَ : « زَوَّجْتُكَهَا » و « أَنْكَحْتُكَهَا » و

الإنصاف

تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، عن رجُلٍ لم يقْدِرْ أنْ يقولَ إلَّا : قَبِلْتُ تَجْويزَها . بتَقْديمِ الجيمِ ؟ فأجابَ بالصِّحَّةِ ؛ بدليلِ قَوْلِه : جَوْزَتِى طالِقٌ . فإنَّها تَطْلُقُ . انتهى . قلتُ : يُكْتَفَى منه بقَوْلِه : قَبِلْتُ . على ما يأْتِى ، ويكونُ هذا قَوْلَ الأصحابِ . وهو المذهبُ .

فائدة : لو قال الوَلِىُّ للزَّوْجِ : زَوَّجْتَكَ فُلانَةَ . بفَتْحِ التَّاءِ ، هل ينْعَقِدُ النِّكاحُ ؟ توَقَّفَ فيها ناصِحُ الإسْلامِ ابنُ أبِى الفَهْمِ . وبعضُ الأصحابِ فرَّق بينَ العارِفِ باللُّغَةِ والجاهِلِ بها ، كقَوْلِه : أنتِ طالِقٌ أنْ دَخَلْتِ الدَّارَ . بفَتْحِ الهَمْزَةِ وكَسْرِها ؛ منهم الشَّيْخُ مُحْيِى الدِّينِ يُوسُفُ ابنُ الجَوْزِىِّ ، وأفْتَى المُصَنِّفُ بصِحَّتِه مُطْلَقًا . وقال فى « الرِّعايَةِ » : يصِحُّ جَهْلًا أو عَجْزًا ، وإلَّا احْتَمَلَ وَجْهَين . وقال فى « الفُروعِ » ، فى أوائلِ بابِ صَريحِ الطَّلاقِ وكِنايَتِه : يتوَجَّهُ ، أنَّ هذه المَسْأَلَةَ كمثْلِ ما لو قال لامْرَأتِه : كُلَّما قُلْتِ لى شيئًا و لم أقُلْ لكِ مثلَه ، فأنْتِ طالِقٌ ثلاثًا . على ما يأْتِى فى أوائلِ بابِ صَريحِ الطَّلاقِ وكِنايَتِه . ويأْتِى هناك ، لو قال لها : أنْتَ طالِقٌ . بفَتْحِ التَّاءِ . وهذه حادِثَةٌ وقَعَتْ بِحَرَّانَ زَمَنَ ابنِ الصَّيْرَفِىِّ ، فسأَلَ عنها العُلَماءَ . ذكَرَها فى « النَّوادِرِ » .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى النسختين : « تعمل » والمثبت من المغنى ٤٦١/٩ .

الشرح الكبير

« زَوَّجْناكَهَا » . مِن طُرُقٍ صَحِيحَةٍ ، والقِصَّةُ واحِدَةٌ ، فالظاهِرُ أنَّ الرَّاوِىَ رَوَى بالمعنَى ظَنًّا منه أنَّ مَعْناهما واحِدٌ ، فلا يكونُ حُجَّةً ، وإن كان النبىُّ ﷺ جَمَعَ بينَ الألْفاظِ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ؛ لأنَّ النِّكاحَ انْعَقَدَ بأحَدِها[1] ، والباقى فَضْلَةٌ .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، أنَّ النِّكاحَ يَنْعَقِدُ إذا وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ ؛ سواءٌ وقَع مِن هازِلٍ أو مُلْجَأٍ أو مِن غيرِهما . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ .

فائدة : لا يصِحُّ تعْلِيقُ النِّكاحِ على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . قالَه الأصحابُ . على ما يأْتِى فى كلامِ المُصَنِّفِ ، فى بابِ الشُّروطِ فى النِّكاحِ ، فيما إذا علَّق ابْتِداءَ النِّكاحِ على شَرْطٍ . قال ابنُ رَجَبٍ : إنَّما قال الأصحابُ ذلك لِيُخْرِجُوا الشُّروطَ الحاضِرَةَ والماضِيةَ ، مثلَ قَوْلِه : زَوَّجْتُكَ هذا المَوْلُودَ إنْ كان أُنْثَى . أو : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى إنْ كانتْ عِدَّتُها قدِ انْقضَتْ . أو : إنْ كنتُ وَلِيَّها . وهما يعْلَمان ذلك ، فإنَّه يصِحُّ . وكذلك تعْلِيقُه بمَشِيئَةِ اللهِ تعالَى ، فإنَّه يصِحُّ . قال ابنُ شاقْلَا : لا نعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه شَرْطٌ مَوْجُودٌ إذا اللهُ شاءَه ، حيث اسْتُجْمِعَتْ أرْكانُه وشُروطُه . وكذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى إنْ شِئْتَ . فقال : قد شِئْتُ وقَبِلْتُ . فإنَّه يصِحُّ ؛ لأنَّه شَرْطُ مُوجَبِ العَقْدِ ومُقْتَضاه ، لأنَّ الإيجابَ إذا صدَر ، كان القَبُولُ إلى مَشِيئةِ القابِلِ ورِضاه ، فلا يَضُرُّ شَرْطُه فيه ، وليس هذا بشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ؛ لأنَّ مَشِيْئَةَ القابِلِ مُقارِنَةٌ للقَبُولِ ، ولا يَتِمُّ العَقْدُ بدُونِه . انتهى .

---

(١) فى الأصل : « بأحدهما » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن قَدرَ على لَفْظِ النِّكاحِ بالعَرَبِيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَقْدُه بغيرِها . وهذا أحَدُ أقْوالِ الشافعيِّ . وعندَ أبى حنيفةَ يَنْعَقِدُ ؛ لأنَّه أتَى بلَفْظِه الخاصِّ ، فانْعَقَدَ به ، كما يَنْعَقِدُ بالعَرَبِيَّةِ . ولَنا ، أنَّه عَدَل عن لَفظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ مع القُدْرَةِ عليه ، فلم يَصِحَّ ، كلَفْظِ الإِحْلالِ ، ولأنَّ الشَّهادَةَ شَرْطٌ فى النِّكاحِ ، وهى واقِعَةٌ على اللَّفْظِ ، وغيرُ هذا اللَّفْظِ ليس بمَوْضُوعٍ للنِّكاحِ ، وإنَّما يُصْرَفُ إليه بالنِّيَّةِ ، ولا شَهادَةَ عليها ، فيَخْلُو النِّكاحُ عن الشَّهادَةِ . وما قالَه أبو حنيفةَ أقْيَسُ ، قياسًا على سائِرِ العُقُودِ ، وما ذَكَرُوه مِن تَعَذُّرِ[1] الشَّهادَةِ على غيرِ العَرَبِيَّةِ مُلْغًى بما إذا لم يُحْسِنِ العَرَبِيَّةَ .

فصل : فأمَّا مَن لا يُحْسِنُ العَرَبِيَّةَ ، فيَصِحُّ منه عَقْدُ النِّكاحِ بلِسانِه ؛ لأنَّه عاجِزٌ عمَّا سِوَاه ، فسَقَطَ عنه ، كالأخْرَسِ ، ويَحْتاجُ إلى أن يَأْتِىَ بمَعْناهما الخاصِّ ، بحيثُ يَشْتَمِلُ على مَعْنَى اللَّفْظِ العَرَبِىِّ .

الإنصاف

قوله : بالعَرَبِيَّةِ لمَن يُحْسِنُهما . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يَنْعَقِدُ إلَّا بالعَرَبِيَّةِ لمَن يُحْسِنُهما . جزَم به فى « الوَجيزِ »، و « الفائقِ »، و « المُنَوِّرِ »، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . واخْتارَ المُصَنِّفُ انْعِقادَه بغيرِها . واخْتارَه الشَّارِحُ أيضًا ، وقال : هو أقْيَسُ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وصاحِبُ « الفائقِ » ، وغيرُهم . [٩/٣ظ] وجزَم به فى « التَّبْصِرَةِ » .

---

(١) فى الأصل : « مقدر » .

المقنع

فَإِنْ قَدَرَ عَلَى تَعَلُّمِهَا بِالْعَرَبِيَّةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَالْقَبُولُ أَنْ يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِى حَقِّ مَنْ لَا يُحْسِنُ .

الشرح الكبير

٣٠٨٣ – مسألة : (فإن قَدَر على تَعَلُّمِهَا بالعَرَبِيَّةِ ، لم يَلْزَمْه) ذلك . وفيه وَجْهٌ ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ، أنَّه يَلْزَمُه ؛ لأنَّ ما كانتِ العَرَبِيَّةُ شَرْطًا فيه ، لَزِمَه أن يَتَعَلَّمَها مع القُدْرَةِ ، كالتَّكْبيرِ[1] . ولَنا ، أنَّ النِّكاحَ غيرُ واجِبٍ ، فلم يَجِبْ تَعَلُّمُ أرْكانِه بالعَرَبِيَّةِ ، كالبَيْعِ ، بخِلافِ التَّكْبيرِ .

٣٠٨٤ – مسألة : (والقَبُولُ أن يَقُولَ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . أو ما يَقُومُ مَقامَه فى حَقِّ مَن لا يُحْسِنُ) فإن كان أحَدُ المُتَعاقِدَيْن يُحْسِنُ العَرَبِيَّةَ

الإنصاف

قوله : فإنْ قدَر على تعلُّمِهما بالعَرَبِيَّةِ ، لم يَلْزَمْه ، فى أحَدِ الوَجْهَين . يعْنِى ، إذا قُلْنا : لا ينْعَقِدُ النِّكاحُ إلَّا بالعَرَبِيَّةِ لمَن يُحْسِنُهما . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ؛ أحدُهما ، لايَلْزَمُه تعَلُّمُهما ، وينْعَقِدُ بلِسانِه بمَعْناهما الخاصِّ لهما . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الفُصولِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . ونصَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يَلْزَمُه . قال[2] فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وإنْ قدَر أنْ يتعلَّمَ ذلك بالعَرَبِيَّةِ ، لَزِمَه ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

---

(١) فى الأصل : « التدبير » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنِ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِ : قَبِلْتُ . أَوْ قَالَ الْخَاطِبُ لِلْوَلِيِّ : أَزَوَّجْتَ ؟

الشرح الكبير دُونَ الآخَرِ ، أتَى الذى يُحْسِنُ العَرَبِيَّةَ بها ، والآخَرُ يَأْتِى بلِسانِه . فإن كان أحَدُهما لا يُحْسِنُ لِسانَ الآخَرِ ، احْتاجَ أن يَعْلَمَ أنَّ اللَّفْظَةَ التى أتَى بها صاحِبُه لَفْظَةُ الإِنْكاحِ ، بأن يُخْبِرَه بذلك ثِقَةٌ يَعْرِفُ اللِّسانَيْن جَمِيعًا .

فصل : فأمَّا الأخْرَسُ ، فإن فُهِمَتْ إشارَتُه ، صَحَّ نِكاحُه بها ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُسْتَفادُ إلَّا مِن جِهَتِه ، فصَحَّ بإشارَتِه ، كبَيْعِه وطَلاقِه ولِعانِه . وفى كتابةِ[1] القادِرِ على النُّطْقِ وَجْهان ، ذَكَرَهما فى « المُجَرَّدِ » ؛ أَوْلَاهما[2] ، عَدَمُ الصِّحَّةِ للاسْتِغْناءِ عنها . وإن لم تُفْهَمْ إشارَتُه ، لم يَصِحَّ منه ، كما لا يَصِحُّ غيرُه مِن التَّصرُّفاتِ القَوْلِيَّةِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ بينَ شَخْصَيْن ، فلا بُدَّ مِن فَهْمِ كلِّ واحِدٍ منهما ما يَصْدُرُ عن صاحِبِه . ولو فَهِم ذلك صاحِبُه العاقِدُ معه ، لم يَصِحَّ حتى يَفْهَمَ الشُّهُودُ أيضًا ؛ لأنَّ الشَّهادَةَ شَرْطٌ ، ولا تَصِحُّ على ما لا يُفْهَمُ . قال أحمدُ : لا يُزَوِّجُه وَلِيُّه . يَعْنِى إذا كان بالِغًا ؛ لأنَّ الخَرَسَ لا يُوجِبُ الحَجْرَ ، كالصَّمَمِ .

[٨٧/٦و] **٣٠٨٥** – مسألة : (فإنِ اقْتَصَرَ على قَوْلِه : قَبِلْتُ) بأن يَقُولَ الوَلِيُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . فيَقُولَ : قَبِلْتُ . صَحَّ وانْعَقَدَ النِّكاحُ . وقال الشَّافِعِىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه : لا يَنْعَقِدُ حتى يقولَ : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . أو : هذا التَّزْوِيجَ . لأنَّه كِنايَةٌ فى النِّكاحِ يَفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ والإِضْمارِ ، فلم يَنْعَقِدْ

الإنصاف قوله : فإنِ اقْتَصَرَ على قَوْلِ : قَبِلْتُ . أو قالَ الخاطِبُ للوَلِىِّ : أزَوَّجْتَ ؟ قالَ :

(١) فى م : « إشارة » .

(٢) فى م : « أولهما » .

المقنع

قَالَ : نَعَمْ . وَلِلْمُتزَوِّجِ : أَقَبِلْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . صَحَّ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ .

الشرح الكبير

به ، كلَفْظِ الهِبَةِ والبَيْعِ . ولَنا ، أنَّ القَبُولَ صَرِيحٌ فى الجَوابِ ، فانْعَقَدَ به ، كما يَنْعَقِدُ به البَيْعُ وسائِرُ العُقُودِ . وقولُهم : يَفْتَقِرُ إلى النِّيَّةِ . مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّه جَوابٌ لا يَنْصَرِفُ إلَّا إلى المَذْكُورِ . وكذلك (إن قال الخاطِبُ للوَلِىِّ : أزَوَّجْتَ ؟ قال : نعم . وللمُتَزَوِّجِ : أقَبِلْتَ ؟ قال : نَعَمْ . صَحَّ . ذَكَرَه الخِرَقِىُّ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ) لأنَّ النِّكاحَ إنَّما يَصِحُّ بلَفْظِ الإِنْكاحِ والتَّزْوِيجِ ، وما نَطَق الوَلِىُّ بواحِدٍ منهما ، ولا نَطَق المُتَزَوِّجُ بالقَبُولِ . وقال الشافعىُّ : لا يَنْعَقِدُ حتى يقولَ معه : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . ويقولَ الزَّوْجُ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ . لأنَّ هَذَيْن رُكْنَا العَقْدِ ، فلا يَنْعَقِدُ بدُونِهما . ولَنا ، أنَّ « نعم » جوابٌ لقَوْلِه : أزَوَّجْتَ[1] - وَقَبِلْتَ ؟ والسُّؤالُ يكونُ[2] مُضْمَرًا فى الجَوابِ ، مُعادًا فيه ، فيَكونُ مَعْنَى « نَعَمْ »

الإنصاف

نعم . وللمُتَزَوِّجِ : أقَبِلْتَ ؟ قالَ : نعم . صَحَّ . ذكَرَه الخِرَقِىُّ . ونصَّ عليه . وهو المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا مَنْصوصُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قطَع به الجُمْهورُ ، ونَصرَه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يصِحَّ فيهما . قال ابنُ عَقِيلٍ : وهو الأشْبَهُ بالمذهبِ ؛ لعدَمِ لَفظِ

---

(١) فى م : « زوجتك » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

مِن الوَلِىِّ : زَوَّجْتُه ابْنَتِى . ومعنى « نَعَمْ » مِن المُتَزَوِّجِ : قَبِلْتُ هذا التَّزْوِيجَ . ولا احْتِمالَ فيه ، فيَجِبُ أن يَنْعَقِدَ به ؛ ولذلك لمَّا قالَ اللهُ تعالى : ﴿ فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ ﴾[1] . كان إقْرارًا منهم بوُجْدانِ ذلك أنَّهم وَجَدُوا ما وَعَدَهم رَبُّهم حَقًّا . ولو قِيلَ لرجلٍ[2] : لى عليكَ ألْفُ دِرْهَمٍ ؟ قال : نعم . كان إقْرارًا صَرِيحًا لا يَفْتَقِرُ إلى نِيَّةٍ ، ولا يُرْجَعُ فى ذلك إلى تَفْسِيرِه ، وبمِثْلِه تُقْطَعُ اليَدُ فى السَّرِقَةِ ، وهو حَدٌّ يُدْرَأُ بالشُّبُهاتِ ، فوَجَبَ أن يَنْعَقِدَ به التَّزْوِيجُ ، كما لو لَفَظ بذلك .

الإنصاف

الإنْكاحِ والتَّزْوِيجِ . واخْتارَ الصِّحَّةَ فى اقْتِصارِه على قَوْلِ : قَبِلْتُ . دُونَ اقْتِصارِه على قَوْلِه : نعم . فى الإيجابِ أو القَبُولِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو أوْجَبَ النِّكاحَ ثم جُنَّ قبلَ القَبُولِ ، بطَل العَقْدُ ، كمَوْتِه . نصَّ عليه . ولو أوْجَبَه ثم أُغْمِىَ عليه قبلَ القَبُولِ ، فهل يَبْطُلُ العَقْدُ ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ . وهو الصَّحيحُ . جزَم به فى « المُغْنِى »، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايَةِ »، و « الفائقِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَبْطُلُ . قال القاضى فى « الجامِعِ » : هذا قِياسُ المذهبِ . [3]قلتُ : وتَتوَجَّهُ الصِّحَّةُ إذا قال : فى المَجْلِسِ[3] . الثانيةُ ، يَنْعَقِدُ نِكاحُ الأخْرَسِ بإشارَةٍ مَفْهومَةٍ . نصَّ عليه . وكذا بكِتابَةٍ . ذكَرَه الأصحابُ . وكلامُ المُصَنِّفِ وغيرِه - ممَّن لم يذْكُرِ المَسْأَلَةَ ، وأطْلَقَ فى قَوْلِهم : لا يَنْعَقِدُ الإيجابُ إلَّا بلَفْظِ الإنْكاحِ - مُرادُهم القادِرُ على النُّطْقِ ، فأمَّا مع العَجْزِ

---

(١) سورة الأعراف ٤٤ .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣ - ٣) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ تَقَدَّمَ الْقَبُولُ الْإِيجَابَ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

٣٠٨٦ – مسألة : (فإن تَقدَّمَ القَبولُ الإيجابَ ، لم يَصِحَّ) سَواءٌ كان بلَفْظِ الماضِى ، مثلَ أن يقولَ : تَزَوَّجْتُ ابْنَتَك[1] . فيقولَ : زَوَّجْتُكَ . أو بلَفظِ الطَّلَبِ ، كقَوْلِه : زَوِّجْنِى ابْنَتَكَ . فيَقُولُ : زَوَّجْتُكَها . وقال أبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : يَصِحُّ فيهما جميعًا ؛ لأنَّه قد وُجِدَ الإيجابُ والقَبُولُ ، فصَحَّ ، كما لو تقدَّمَ الإيجابُ . ولَنا ، أنَّ القَبُولَ إنَّما يكونُ للإيجابِ ، فمتى وُجِدَ قبلَه[2] ، لم يَكُنْ قَبُولًا ؛ لعَدَمِ مَعْناه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو تَقَدَّمَ بلَفْظِ الاسْتِفْهامِ ، ولأنَّه لو تَأَخَّرَ عن الإيجابِ بلَفْظِ الطَّلَبِ ، لم يَصِحَّ ، فإذا تَقدَّمَ كان أَوْلَى ، كصِيغَةِ[3] الاسْتِفْهامِ ، ولأنَّه لو أتَى بالصِّيغَةِ المَشْرُوعَةِ مُتَقَدِّمَةً فقال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . فقال الوَلِىُّ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ ، فلأَنْ لا يَصِحَّ إذا أتَى بغيرِها أَوْلَى . فإن قالُوا : يَصِحُّ كالبَيْعِ والخُلْعِ . قُلْنا : البَيْعُ لا يُشْتَرَطُ

الإنصاف

المُطْلَقِ ، فيَصِحُّ . وأمَّا الكِتابَةُ فى حَقِّ القادِرِ على النُّطْقِ ، فلا يَنْعَقِدُ بها النِّكاحُ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : ينْعَقِدُ . ذكَرَهما فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : الأظْهَرُ المَنْعُ مع حُضورِه ، والصِّحَّةُ مع غَيْبَتِه .

قوله : وإنْ تقدَّمَ القَبُولُ الإيجابَ ، لم يصِحَّ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وقال : رِوايَةً

(١) فى م : « البنت » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « لصيغة » .

الشرح الكبير

فيه صِيغَةُ الإِيجابِ ، بل يَصِحُّ بالمُعاطَاةِ ، ولا يَتَعَيَّنُ فيه لَفْظٌ ، بل يَصِحُّ بأىِّ لَفْظٍ كان إذا أدَّى المَعْنَى ، ولا يَلْزَمُ الخُلْعُ ؛ لأنَّه يَصِحُّ تَعْلِيقُه على الشُّرُوطِ . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا تَقَدَّمَ بلَفظِ الطَّلبِ ؛ لأنَّ فى حديثِ المرأةِ التى وَهَبَتْ نَفْسَها للنَّبىِّ ﷺ ، فقامَتْ طوِيلًا ، فقال رجلٌ : يا رسولَ اللهِ ، زَوِّجْنِيهَا إن لم يَكُنْ لك بها حاجَةٌ . فقال النبىُّ ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ [٧٩/٦ظ] مِنَ الْقُرْآنِ » . وهو حديثٌ صَحِيحٌ ، رَواه البخارِىُّ[(١)] . و لم يُنْقَلْ أنَّه قال : قَبِلْتُ . ولا ما يُؤَدِّى مَعْناه ، والظاهِرُ أنَّه لو وُجِدَ منه لَفْظٌ لَنُقِلَ . وعلى قياسِ ذلك إذا تَقدَّمَ بلَفْظِ الماضِى .

فصل : إذا عَقَد النِّكاحَ هازِلًا أو تَلْجِئةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ النبىَّ ﷺ قال : « ثَلَاثٌ هَزْلُهُنَّ جِدٌّ ، وَجِدُّهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، والرَّجْعَةُ » . رَواه التِّرْمِذِىُّ[(٢)] . وعن الحسنِ ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ

الإنصاف

واحِدةً . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ وجماعَةٌ رِوايَةً بالصِّحَّةِ ، منهم صاحِبُ « الفائقِ » ، إذا تقدَّم بلَفْظِ الماضى أو الأمْرِ . قال النَّاظِمُ :

وإنْ يَتَقَدَّمْ لم نُصَحِّحْه بَتَّةً ... ولو صَحَّحُوا تقْدِيمَه لم أُبَعِّدِ

وقال فى « الرِّعايَةِ » مِن عندِه : لو قال : زَوِّجْنِى . فقال : زوَّجْتُك . أو قال له

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣٨٠/١٤ .

(٢) فى : باب ما جاء فى الجد والهزل فى الطلاق ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٥٦/٥ ، ١٥٧ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الطلاق على الهزل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٠٧/١ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق أو أنكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٨/١ . وحسنه فى الإرواء ٢٢٤/٦ - ٢٢٨ .

المقنع

وَإِنْ تَرَاخَى عَنْهُ ، صَحَّ ، مَا دَامَا فِى الْمَجْلِسِ وَلَمْ يَتَشَاغَلَا بِمَا يَقْطَعُهُ . فَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَهُ ، بَطَلَ الْإِيجَابُ . وَعَنْهُ ، لَا يَبْطُلُ .

الشرح الكبير

نَكَحَ لَاعِبًا ، أَوْ طَلَّقَ لَاعِبًا ، أَوْ أَعْتَقَ لَاعِبًا ، جَازَ »[1] . وقال عمرُ : أَرْبَعٌ جائِزاتٌ إذا تكلَّمَ بهِنَّ ؛ الطَّلاقُ ، والعَتاقُ ، والنِّكاحُ ، والنَّذْرُ[2] . وقال علىٌّ : أَرْبَعٌ لا لَعِبَ فِيهِنَّ ؛ الطَّلاقُ ، والعَتَاقُ ، والنِّكاحُ ، والنَّذْرُ .

٣٠٨٧ – مسألة : (وإن تَرَاخَى) القَبُولُ (عن الإيجابِ ، صَحَّ ، ما داما فى المَجْلِسِ ولم يَتَشاغَلا) عنه بغيرِه ؛ لأنَّ حُكْمَ المَجْلِسِ حُكْمُ حالَةِ العَقْدِ ، بدَلِيلِ صِحَّةِ القَبْضِ فيما يُشْتَرَطُ القَبْضُ فيه ، وثُبُوتِ الخِيارِ فى عُقُودِ المعاوَضاتِ .

٣٠٨٨ – مسألة : (فإن تَفَرَّقَا قبلَه ، بَطَلَ الإيجابُ) لأنَّه لا يُوجَدُ

الإنصاف

الوَلِىُّ : تزَوَّجْتَ . فقال : تزَوَّجْتُ . صحَّ . وقال المُصَنِّفُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ ، إذا تقدَّم بلَفْظِ الطَّلَبِ .

تنبيه : قوْلُه : وإنْ تَراخَى عنه ، صَحَّ ، ما داما فى المَجْلِسِ ، ولم يتشاغَلا بما يقْطَعُه . يعْنِى ، فى العُرْفِ .

قوله : فإنْ تَفَرَّقا قبلَه ، بطَل الإيجابُ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، لا يبْطُلُ . وعنه ، لا يبْطُلُ مع غَيْبَةِ الزَّوْجِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : أُخِذَتْ هذه الرِّوايَةُ مِن قوْلِه ، فى رِوايَةِ أبِى طالِبٍ ، فى رَجُلٍ مشَى إليه قوْمٌ ،

---

(١) أخرجه بنحوه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٥/١٠٦ . والطبرى ، فى : تفسيره ٢/٤٨٢ . وحسن إسناده إلى الحسن ، فى : الإرواء ٦/٢٢٧ .

(٢) أخرجه سعيد ، فى : سننه ١/٣٧٠ ، ٣٧١ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/٣٤١ .

الشرح الكبير

مَعْناه ، فإنَّ الإعْراضَ قد وُجِدَ مِن جِهَتِه بالتَّفَرُّقِ ، فلا يكُونُ قَبُولًا . وكذلك إذا تَشاغَلا عنه[1] بما قَطَعَه ؛ لأنَّه مُعْرِضٌ عن العَقْدِ بالاشْتِغالِ عن قَبُولِه (وعنه ، لا يَبْطُلُ) فإنَّ أبا طالِبٍ نَقَل عن أحمدَ ، فى رجلٍ مَشَى إليه قَوْمٌ ، فقالوا له : زَوِّجْ فُلانًا . قال : قد زَوَّجْتُه على ألْفٍ . فرَجَعُوا إلى الزَّوْجِ فأخبرُوه ، فقال : قد قَبِلْتُ . هل يَكونُ هذا نِكاحًا ؟ قال : نعم . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنه وَكَّلَ مَن قَبِلَ التَّزْويجَ فى المجْلِسِ . وقال أبو بكرٍ : مسْألَةُ أبى طالِبٍ تَتَوَجَّهُ على قَوْلَيْن . واخْتارَ أنَّه لابُدَّ مِن القَبُولِ فى المَجْلِسِ ، وهو الصَّحيحُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : فإن أوْجَبَ النِّكاحَ ثم زالَ عَقْلُه بجُنُونٍ أو إغْماءٍ ، بَطَلَ حُكْمُ الإيجابِ ، ولم يَنْعَقِدْ بالقَبُولِ بعدَه ؛ لأنَّه ما لم يُضامَّه القَبُولُ لم يَكُنْ عَقْدًا ، فبَطَلَ بزَوالِ العَقْلِ ، كالعُقُودِ الجائِزَةِ تَبْطُلُ بالمَوْتِ والجُنُونِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وإن نامَ لم يَبْطُلْ حُكْمُ الإيجابِ ؛ لأنَّه لا يُبْطِلُ العُقُودَ الجائزةَ ، فكذلك هذا .

فصل : ولا يَثْبُتُ الخِيارُ فى النِّكاحِ ، وسَواءٌ فى ذلك خِيارُ المَجْلِسِ وخِيارُ الشَّرْطِ . ولا نَعْلَمُ أحدًا خالَفَ فى هذا ؛ لأنَّ الحاجَةَ غيرُ داعِيَةٍ إليه ، فإنَّه لا يَقَعُ فى الغالِبِ إلَّا بعدَ رَوِيَّةٍ وفِكْرَةٍ ، ومَسْألَةِ كلِّ واحِدٍ مِن الزَّوْجَيْن

الإنصاف

فقالُوا : زَوِّجْ فُلانًا . فقال : قد زوَّجْتُه على ألْفٍ . فرجَعُوا إلى الزَّوْجِ فأخْبَرُوه ، فقال : قد قَبِلْتُ . هل يكونُ هذا نِكاحًا ؟ قال : نعم . فأَشْكَلَ هذا النَّصُّ على

---

(١) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : وَشُرُوطُهُ خَمْسَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ،......

الشرح الكبير

عن صاحِبه ، والمَعْرِفَةِ بحالِه ، بخِلافِ البَيْعِ الواقِعِ فى الأسْواقِ مِن غيرِ فِكْرٍ ولا رَوِيَّةٍ ، ولأنَّ النِّكاحَ ليس بمُعاوَضَةٍ مَحْضَةٍ ، ولهذا لا يُعْتَبَرُ فيه العلمُ بالمَعْقُودِ عليه برُؤْيَةٍ ولا صِفَةٍ ، ويَصِحُّ مِن غيرِ تَسْمِيَةِ العِوَضِ ومع فَسادِه ، ولأنَّ ثُبُوتَ الخِيارِ فيه يُفْضِى إلى فَسْخِه بعدَ ابْتِذالِ المرأةِ ، وفى فَسْخِه بعدَ العَقْدِ ضَرَرٌ بالمرأةِ ، ولذلك أوْجَبَ الطَّلاقُ قبلَ الدُّخولِ نِصْفَ الصَّداقِ .

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وشُرُوطُه خَمْسَةٌ ؛ أحَدُها ، تَعْيِينُ الزَّوْجَيْن) لأنَّ كلَّ عاقِدٍ ومَعْقُودٍ [٨٨/٦و] عليه يَجِبُ تَعْيِينُهما ، كالمُشْتَرِى والمَبِيعِ ، فإن كانتِ المرأةُ حاضِرَةً فقال : زَوَّجْتُكَ هذه . صَحَّ ، فإنَّ الإشارَةَ تَكْفِى فى التَّعْيِينِ ، فإن زادَ على ذلك فقال[1] : بِنْتِى هذه . [2]أو : هذه[2] فلانة . كان تأْكِيدًا .

الإنصاف

الأصحابِ ؛ فقال القاضى : هذا حُكْمٌ بصِحَّتِه بعدَ [١٠/٣و] التَّفَرُّقِ عن مَجْلِسِ العَقْدِ . قال : وهو مَحْمولٌ على أنَّه قد كان وكَّلَ مَن قَبِلَ العَقْدَ عنه ، ثم أُخْبِرَ بذلك فأمْضاه . ورَدَّه ابنُ عَقِيلٍ ، وقال : رِوايَةُ أبى طالِبٍ تُعْطِى أنَّ النِّكاحَ المَوْقوفَ صحيحٌ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : قد أحْسَنَ ابنُ عَقِيلٍ ، وهو طَرِيقةُ أبى بَكْرٍ ، فإنَّ هذا ليس تراخِيًا للقَبُولِ ، وإنَّما هو تَراخٍ للإجازَةِ .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : وشُروطُه خَمْسَةٌ ؛ أحَدُها ، تعْيِينُ الزَّوْجَين . لو خطَب

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع فَلَو قالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وَلَهُ بَنَاتٌ ، لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُشِيرَ إِلَيْهَا ، أَوْ يُسَمِّيَهَا ، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، صَحَّ .

الشرح الكبير **٣٠٨٩** – مسألة : (فلو قال : زوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وله بَنَاتٌ ، لم يَصِحَّ حتى يُشِيرَ إليها ، أو يُسَمِّيَها ، أو يَصِفَها بما تَتَمَيَّزُ به ، وإن لم يَكُنْ له إلَّا ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ ، صَحَّ) إذا كانتِ المَعْقُودُ عليها غائِبَةً فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وليس له سِوَاها ، جازَ ، فإن سَمَّاها كان تأْكِيدًا . فإن كان له أكْثَرُ مِن بِنْتٍ واحِدَةٍ فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . لم يَصِحَّ حتى يَضُمَّ إلى ذلك ما تَتَمَيَّزُ به ؛ مِن اسْمٍ أو صِفَةٍ، فيقولَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى الكُبْرَى . أو: الوُسْطَى . أو: الصُّغْرَى . فإن سَمَّاها مع ذلك كان تَأْكِيدًا . وإن قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى عائشةَ – أو – فاطمةَ . صَحَّ . فإن كانت له ابْنَةٌ واحِدَةٌ اسْمُها فاطمةُ فقال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ[1] هذا الاسْمَ مُشْتَرَكٌ بينَها وبينَ سائِرِ الفَواطِمِ ، حتى يقولَ مع ذلك : بِنْتِى . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : يَصِحُّ إذا نَوَياهَا جَمِيعًا . ولا يَصِحُّ هذا ؛ لأنَّ النِّكاحَ تُعْتَبَرُ فيه الشَّهادَةُ على وَجْهٍ

الإنصاف امْرَأَةً فأَوْجَبَ له النِّكاحَ فى غيرِها ، فقَبِلَ يظُنُّها مَخْطُوبَتَه ، أنَّه لا يصِحُّ . وهو صحيحٌ . نصَّ عليه .

فائدة : قوْلُه : فإذا قالَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وله بَنَاتٌ ، لم يصِحَّ حتى يُشِيرَ إليها ، أو يُسَمِّيَها ، أو يَصِفَها بما تَتَمَيَّزُ به ، وإنْ لم يَكُنْ له إلَّا ابْنَةٌ واحِدَةٌ ، صَحَّ . بلا نِزاعٍ

---

(١) فى م : « ولأن » .

الشرح الكبير

يُمْكِنُ أداؤُها [(1)]إذا ثَبَت[(1)] به العَقْدُ ، وهذا مُتَعذِّرٌ فى النِّيَّةِ ، ولذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ ابنتى . وله بَناتٌ ، لم يَصِحَّ حتى يُمَيِّزَها بلَفْظِه . وإن قال : زَوَّجْتُكَ فاطمةَ ابْنَةَ فُلانٍ . احْتاجَ أن يَرْفَعَ فى نَسَبِها حتى يَبْلُغَ ما تَتَمَيَّزُ به عن النِّساءِ .

فصل : فإن كانت له ابْنَتان ، كُبْرَى اسْمُها عائشةُ ، وصُغْرَى اسْمُها فاطمةُ ، فقال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى عائشةَ . وقَبِلَ الزَّوْجُ ذلك ، وهما يَنْوِيان الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ . ذَكَرَه أبو حَفْصٍ . وقال القاضى : يَصِحُّ فى التى نَوَياهَا . وهذا غيرُ صَحيحٍ ؛ لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّهما لم يَتَلَفَّظَا بما يَصِحُّ العَقْدُ بالشَّهادَةِ عليه ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ عائشةَ . فقط ، أو ما لو قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . ولم يُسَمِّها ، وإذا لم يَصِحَّ فيما إذا لم يُسَمِّها ، ففيما إذا سَمَّاها بغيرِ اسْمِها أوْلَى أن لا يَصِحَّ . الثانى ، أنَّه لا يَصِحُّ النِّكاحُ حتى تُذْكَرَ المرأةُ بما تَتَمَيَّزُ به ، ولم يُوجَدْ ذلك ، فإنَّ اسْمَ أُخْتِها لا يُمَيِّزُها ، بل يَصْرِفُ العَقْدَ عنها . وإن كان الوَلِىُّ يُرِيدُ الكُبْرَى ، والزَّوْجُ يَقْصِدُ الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ ، كما إذا خَطَب امْرأةً وزُوِّجَ غيرَها ؛ لأنَّ القَبُولَ

الإنصاف

فى ذلك فى الجُمْلَةِ . لكِنْ لو عيَّنا فى الباطِنِ واحِدَةً ، وعَقَدا عليها العَقْدَ باسمٍ غيرِ مُتَمَيِّزٍ ، نحوَ أنْ يقولَ : بِنْتِى . وله بَناتٌ ، أو يُسَمِّيَها باسمٍ يَنْوِيَها فى الباطِنِ غيرَ مُسَمَّاةٍ ، ففى الصِّحَّةِ وَجْهان . اخْتارَ القاضى فى مَوْضِعٍ الصِّحَّةَ . واخْتارَ أبو الخَطَّابِ ، والقاضى أيضًا ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ البُطْلانَ . ومأْخَذُه أنَّ النِّكاحَ يُشْتَرَطُ

(1 - 1) فى م : « أداء يثبت » .

المقنع وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَضَعَتْ زَوْجَتِى ابْنَةً ، [٢٠٢ظ] فَقَدْ زَوَّجْتُكَهَا . لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير انْصَرَفَ إلى غيرِ مَن وُجِدَ الإيجابُ فيه . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ إذا لم يَتَقَدَّمْ ذلك ما يَصْرِفُ القَبُولَ إلى الصُّغْرَى ، مِن خِطْبَةٍ ونَحْوِها ، فإنَّ العَقْدَ بلَفْظِه مُتَناوِلٌ للكُبْرَى ، ولم يُوجَدْ ما يَصْرِفُه عنها ، فصَحَّ ، كما لو نَوَياها . ولو نَوَى الوَلِيُّ الصُّغْرَى ، والزَّوْجُ الكُبْرى ، أو نَوَى الوَلِيُّ الكُبْرَى ، ولم يَدْرِ الزَّوْجُ أيَّتَهما هى ، فعلى الأوَّلِ ، لا يَصِحُّ التَّزْوِيجُ ؛ لعَدَمِ النِّيَّةِ منهما فى التى تناوَلَها لفْظُهُما . وعلى الاحْتِمالِ الذى ذَكَرْناه ، يَصِحُّ فى المُعَيَّنَةِ باللَّفْظِ ؛ لما ذَكَرْنا .

فصل : فإن كان له ابْنةٌ واحدةٌ ، فقال لرجلٍ[1] : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى . وسَمَّاها بغيرِ اسْمِها ، فقال القاضى : يَصِحُّ . وهو [٨٨/٦ظ] قولُ أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ قولَه : بِنْتِى . آكَدُ مِن التَّسْمِيَةِ ؛ لأنَّها لا مُشارَكَةَ فيها ، والاسْمُ مُشْتَرَكٌ . ولو قال : زَوَّجْتُكَ هذه . وأشارَ إليها ، وسَمَّاها بغيرِ اسْمِها ، صَحَّ على هذا التَّعْلِيلِ .

٣٠٩٠ - مسألة : (وإن قال : إن وَضَعَتْ زَوْجَتِى ابْنَةً ، فقد زَوَّجْتُكَهَا . لم يَصِحَّ) لأنَّه تَعْلِيقٌ للنِّكاحِ على شَرْطٍ ، والنِّكاحُ لا يَتَعَلَّقُ

الإنصاف له الشَّهادَةُ ، ويَتعذَّرُ الإشْهادُ على النِّيَّةِ . وعن أبى حَفْصٍ العُكْبَرِىِّ ، إنْ كانتِ المُسَمَّاةُ غلَطًا ، لم يحِلَّ نِكاحُها ؛ لكَوْنِها مُزَوَّجَةً أو غيرَ ذلك ، صحَّ النِّكاحُ ، وإلَّا فلا . ذكَر ذلك فى « القاعِدَةِ الخامِسَةِ بعدَ المائةِ » .

---

(١) فى م : « الرجل » .

الشرح الكبير

على شَرْطٍ ، ولأنَّ هذا مُجَرَّدُ وَعْدٍ لا يَنْعقِدُ به عَقْدٌ . وكذلك لو قال : زَوَّجْتُكَ حَمْلَ هذه المرأةِ . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها لم يَثْبُتْ لها حُكْمُ البَناتِ قبلَ الظُّهُورِ فى غيرِ الإرْثِ والوَصِيَّةِ ، ولأنَّه لم يَتَحقَّقْ أنَّ فى البَطْنِ بِنْتًا ، فأشْبَهَ ما لو قال : زَوَّجْتُكَ مَن فى هذه[1] الدَّارِ . وهما لا يَعْلمان ما فيها .

فصل : فإن خَطَبَ امْرأةً فزُوِّجَ بغيرِها ، مثلَ أن يَخْطُبَ الرجلُ امرأةً بعَيْنِها ، فيُجابَ إلى ذلك ، ثم يُوجَبَ له النِّكاحُ فى غيرِها ، وهو يَعْتَقِدُ أنَّها التى خَطَبَها ، فيَقْبَلُ ، فلا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ ؛ لأنَّ القَبُولَ انْصَرَفَ إلى غيرِ مَن وُجِدَ الإيجابُ فيه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو ساوَمَه بثَوْبٍ وأوْجَبَ العَقْدَ فى غيرِه بغيرِ عِلْمِ المُشْتَرِى . فلو عَلِمَ الحالَ بعدَ ذلك فرَضِىَ ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ فى[2] رجلٍ خَطَبَ جارِيَةً ، فزَوَّجُوه أُخْتَها ، ثم عَلِم بعدُ : يُفَرَّقُ بينَهما ، ويكونُ الصَّداقُ على وَلِيِّها ؛ لأنَّه غَرَّه ، ويُجَهِّزُ إليه أُخْتَها التى خَطَبَها بالصَّداقِ الأوَّلِ ، فإن كانت تلك قد وَلَدَتْ منه ، لَحِق به الوَلَدُ . قال شيخُنا[3] : وقولُه : يُجَهِّزُ إليه أُخْتَها . يعنى[1] ، واللهُ أعلمُ ، بعَقْدٍ جَدِيدٍ ، بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ هذه إن كان أصابَها ؛ لأنَّ العَقْدَ الذى عَقَدَه لم يَصِحَّ فى واحِدَةٍ منهما ؛ لأنَّ الإيجابَ صَدَر فى إحْدَاهما [4]والقَبُولَ فى الأُخْرَى ، فلم يَنْعَقِدْ فى هذه ولا فى تلك . فإنِ اتَّفَقُوا على تَجْدِيدِ عَقْدٍ فى إحْدَاهما[4] ، أيَّتِهما كان ، جازَ . وقال أحمدُ فى رجلٍ تَزَوَّجَ امرأةً ،

الإنصاف ....

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى : المغنى ٩/٤٨١ .
(٤ – ٤) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : الثَّانِى ، رِضَا الزَّوْجَيْنِ ، فَإِنْ لَمْ يَرْضَيَا أَوْ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ ، ....

الشرح الكبير

فأُدْخِلَتْ عليه أُخْتُها : لها المَهْرُ بما أصابَ منها ، ولأُخْتِها المَهْرُ . قيلَ : يَلْزَمُه مَهْران ؟ قال : نعم ، ويَرْجِعُ على وَلِيِّها ، هذه مثلُ التى بها بَرَصٌ أو جُذَامٌ ، علىٌّ يقولُ : ليس عليه غُرْمٌ . وهذا يَنْبَغِى أن يكونَ فى امْرأةٍ جاهِلَةٍ بالحالِ أو بالتَّحْريمِ ، أمَّا إذا عَلِمَتْ أنها ليستْ زَوْجَةً ، وأنَّها مُحَرَّمَةٌ عليه ، وأمْكَنَتْه مِن نَفْسِها ، فلا يَنْبَغِى أن يَجبَ لها صَداقٌ ؛ لأنَّها زانِيَةٌ مُطاوِعَةٌ . فأمَّا إن جُهِلَ الحالُ ، فلها المَهْرُ ، ويَرْجِعُ به على مَن غَرَّه . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فى رَجُلَيْن تزوَّجا امرأتَيْن ، فزُفَّتْ كُلُّ امْرأةٍ إلى زَوْجِ الأُخْرَى : لهما الصَّداقُ ، ويَعْتَزِلُ كلُّ واحِدٍ منهما امْرأتَه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها[1] . وبه قال النَّخَعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ[2] ، وأصْحابُ الرَّأْىِ .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الثَّانِى ، رِضَا الزَّوْجَيْن ، فإن لم يَرْضَيا أو أحَدُهما ، لم يَصِحَّ) رِضَا الزَّوْجَيْن أو مَن يَقُومُ مَقامَهما شَرْطٌ فى صِحَّةِ العَقْدِ ؛ لأنَّ العَقْدَ لهما ، فاعْتُبِرَ تَراضِيهما به ، كالبَيْعِ ، فإن لم يَرْضَيا أو أحَدُهما ، لم يَصِحَّ العَقْدُ ؛ لفَواتِ شَرْطِه .

الإنصاف

قوله : الثَّانى ، رِضا الزَّوْجَين ؛ فإنْ لم يَرْضَيا أو أحَدُهما ، لم يصِحَّ ، إلَّا الأبُ

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب الاختلاف فى مهرها ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٧ / ٤٤١ . وعبد الرزاق ، فى : باب نكاحها فى عدتها ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ٢٠٩ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

إِلَّا الْأَبُ لَهُ تَزْوِيجُ أَوْلَادِهِ الصِّغَارِ وَالْمَجَانِينِ وَبَنَاتِهِ الْأَبْكَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ إِلَّا بِإِذْنِهَا .

الشرح الكبير

٣٠٩١ – مسألة : (إلَّا الأبُ له تَزْوِيجُ أَوْلادِه الصِّغارِ [٨٩/٦و] والمَجانِينِ وبَناتِه الأبْكارِ بغيرِ إِذْنِهم) أمَّا الغُلامُ العاقِلُ ، فلا نَعْلَمُ بين[1] أهلِ العلمِ خِلافًا[2] ، فى أنَّ لأبِيه تَزْوِيجَه . كذلك قال ابنُ المُنْذِرِ . وهذا قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِيِّ ، وقَتادَةَ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزاعِيِّ ، وإسْحاقَ ، والشافعيِّ ، وأصْحابِ الرَّأْيِ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ ابنَ عمرَ زَوَّجَ ابْنَه وهو صَغِيرٌ ، فاخْتَصَموا إلى زيدٍ ، فأجازَه جَمِيعًا . رَواه

الإنصاف

له تَزْوِيجُ أوْلادِهِ الصِّغارِ والمَجانِينِ ، وبَناتِه الأبْكارِ بغيرِ إذْنِهم . اعلمْ أنَّ فى تزْوِيجِ الأبِ[3] أوْلادَه الصِّغارَ[4] عَشْرَ مَسائلَ ؛ إحْداها ، أوْلادُه الذُّكورُ العُقَلاءُ الَّذينَ هم دُونَ البُلوغِ والكِبارُ المَجانِينُ ، فله تَزْويجُهم ؛ سواءٌ أذِنُوا أوْ لا ، وسواءٌ رَضُوا أم لا ، بمَهْرِ المِثْلِ أو بزِيادَةٍ عليه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . ونصَّ عليه فى كلِّ واحدٍ منهما . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وذكَر القاضى فى إجْبارِ مُراهِقٍ عاقِلٍ نَظَرًا . قلتُ : الصَّوابُ عدَمُ إجْبارِه . وقيل : له تَزْويجُ الصَّغِيرِ إنِ احْتاجَ إليه . قالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وحمَلَه ابنُ عَقِيلٍ على المُراهِقِ ، والأكثرُ على الحاجَةِ مُطْلَقًا ، على ما يأْتِى قرِيبًا . وقال فى « الانْتِصارِ » : يَحْتَمِلُ فى ابنِ تِسْعٍ ، يُزَوَّجُ بإذْنِه ؛ سواءٌ

---

(١) فى م : « من » .
(٢) سقط من : م .
(٣) سقط من : ط .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الأَثْرَمُ[1] . وأمَّا الغلامُ المَعْتُوهُ ، فلأبيه تَزْويجُه . وقال الشَّافعيُّ : لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه يُلْزِمُه بالتَّزْويجِ حُقُوقًا مِن المَهْرِ والنَّفَقةِ ، مع عَدَمِ حاجَتِه ، فلم يَجُزْ له ، كغيرِه مِن الأَوْلِياءِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ بالِغٍ ، فمَلَكَ الأبُ تَزْوِيجَه ، كالعاقِلِ ، ولأنَّه إذا جازَ تَزْوِيجُ العاقِلِ مع أنَّ له عندَ احْتِيَاجِه إلى التَّزْوِيجِ رَأْيًا ونَظَرًا لنَفْسِه ، فلأن يَجُوزَ تَزْوِيجُ مَن لا يُتَوَقَّعُ فيه ذلك أَوْلَى . ووَصِىُّ الأبِ يَقُومُ مَقامَه فى ذلك كَوَكِيلِه ، إذا قُلْنا بصِحَّةِ الوَصِيَّةِ فى النِّكاحِ ، وفيه اخْتِلافٌ نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى .

فصل : وليس لغيرِ الأبِ أو وَصِيِّه تَزْوِيجُ الغُلامِ قبلَ بُلُوغِه . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : للحاكِمِ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّه يَلِى مالَه . وقال الشافعىُّ : يَمْلِكُ وَلِىُّ الصَّبِىِّ تَزْوِيجَه ، ليَأْلَفَ حِفْظَ فَرْجِه عندَ بُلُوغِه . وليس بسَدِيدٍ ، فإنَّ غيرَ الأبِ لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ الجارِيَةِ الصَّغِيرَةِ ، فالغُلامُ أَوْلَى . وفارَقَ الأبَ ووَصِيَّه ؛ فإنَّ لهما تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ ووِلايَةَ الإِجْبارِ . وسَواءٌ أَذِنَ الغُلامُ فى تَزْوِيجِه أو لم يَأْذَنْ ؛ لأنَّه لا[2] إِذْنَ له .

الإنصاف

كان أبُوه أو وَلِىٌّ غيرُه . وقال صاحِبُ « الفُروعِ » : يتوَجَّهُ ، أنَّه كأُنْثَى أو كعَبْدٍ . وقال أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ : يَحْتَمِلُ أنَّه كثَيِّبٍ ، وإنْ سلَّمْناه ، فلا مَصْلَحَةَ له ، وإذْنُه ضَيِّقٌ لا يكْفِى صَمْتُه . وقيل : لا يُزَوَّجُ لهما بأكْثَرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ . اخْتارَه القاضى . ويأْتِى ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ فى كِتابِ الصَّداقِ . وقيل : لا يُجْبَرُ المَجنونُ البالِغُ

---

(1) أخرجه البيهقى مختصرًا ، فى : السنن الكبرى ١٤٣/٧ .
(2) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وللأبِ تَزْويجُ البالِغِ المَعْتُوهِ ، فى ظاهِرِ كلامِ أحمدَ ، والخِرَقِىِّ ، مع ظُهُورِ أماراتِ الشَّهْوَةِ وعَدَمِها . وقال القاضى : إنَّما يَجُوزُ تَزْويجُه إذا ظَهَرَتْ منه أماراتُ الشَّهْوَةِ باتِّباعِ النِّساءِ ونحوِه . وهو مَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ فى تَزْويجِه مع عَدَمِ حاجَتِه إضْرارًا به ، بإلْزامِه حُقوقًا لا مَصْلَحَةَ له فى إلْزامِها . وقال أبو بكرٍ : ليس للأبِ تَزْويجُه[1] بحالٍ ؛ لأنَّه رجلٌ ، فلم يَجُزْ إجْبارُه على النِّكاحِ ، كالعاقِلِ . وقال زُفَرُ : إن طَرَأ عليه الجُنُونُ بعدَ البُلُوغِ لم يَجُزْ ، وإن كان مُسْتَدامًا جازَ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ ، فجازَ لأبيه تَزْويجُه ، كالصغيرِ ، فإنَّه إذا جازَ تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ مع عَدَمِ حاجَتِه فى الحالِ وتَوَقُّعِ نَظَرِه ، فعندَ الحاجَةِ أوْلَى . ولَنا على التَّسْوِيَةِ بينَ الطَّارِئِ والمُسْتَدامِ ، أنَّه مَعْنًى يُثْبِتُ الوِلايَةَ ، فاسْتَوَى طارِئُه ومُسْتَدامُه ، كالرِّقِّ ، ولأنَّه جُنونٌ يُثْبِتُ الوِلايَةَ على مالِه ، فأثْبَتَها عليه فى نِكاحِه ، كالمُسْتَدامِ . فأمَّا اعْتِبارُ الحاجَةِ ، فلا بُدَّ منها ، فإنَّه لا يَجُوزُ لوَلِيِّه تَزْويجُه إلَّا إذا رَأَى المَصْلَحَةَ فيه ، غيرَ أنَّ الحاجَةَ لا تَنْحَصِرُ فى قَضاءِ الشَّهْوَةِ ، بل قد تكونُ حاجَتُه إلى الإِيواءِ والحِفْظِ ، ورُبَّما كان دَواءً له يُتَرَجَّى به شِفاؤُه ، فجازَ التَّزْويجُ له ، كقَضاءِ الشَّهْوَةِ .

الإنصاف

بحالٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وقيل : يُجْبِرُه مع الشَّهْوَةِ ، وإلَّا فلا . اخْتارَه القاضى . وقيل : لا يُزَوِّجُه إلَّا الحاكِمُ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » . قلتُ : تقْدِيمُ الحاكِمِ على الأبِ قَوْلٌ ساقِطٌ . ويأْتِى ، هل لوَصِىِّ الصَّغِيرِ الإجْبارُ ؟ عندَ قوْلِه : ووَصِيُّه فى النِّكاحِ بمَنْزِلَتِه .

---

(١) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : ومَن يُخْنَقُ[1] فى الأحْيانِ لا يَجُوزُ تَزوِيجُه إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّ ذلك مُمْكِنٌ ، ومَن أمْكَنَ أن يَتَزَوَّجَ لنَفْسِه ، لم تَثْبُتِ الوِلايَةُ عليه ، كالعاقِلِ . ولو زَالَ عَقْلُه بِبِرْسَامٍ أو مَرَضٍ مَرْجُوِّ الزَّوالِ ، فهو كالعاقِلِ ، فإنَّ ذلك لا يُثْبِتُ الوِلايَةَ على مالِه ، فعلى نَفْسِه أَوْلَى . وإن لم يُرْجَ زَوالُه ، فهو داخِلٌ فيما ذَكَرْناه .

[٦/٨٩ظ] **فصل** : وليس لغيرِ الأبِ ووَصِيِّه تَزْوِيجُ المَعْتُوهِ البالِغِ . وبه قال مالكٌ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ : للحاكِمِ تَزْوِيجُه إذا ظَهَر منه شَهْوَةٌ للنِّساءِ ، بأن يَتْبَعَهُنَّ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ ذلك مِن مَصالِحه ، وليس له حالٌ يُنْتَظَرُ فيها إذْنُه . وسَنَذْكُرُ ذلك فى تَزْوِيجِ المَجْنُونَةِ[2] . ويَنْبَغِى أن يَجوزَ تَزْوِيجُه إذا قال أهْلُ الطِّبِّ : إنَّ فى ذلك ذَهابَ عِلَّتِه . لأنَّه مِن أعْظَمِ مَصالِحِه .

الإنصاف

فوائد ؛منها ، ما قالَه القاضى فى « الجامعِ الكَبِيرِ » : إنَّ تزْوِيجَ الطِّفْلِ والمَعْتُوهِ ليس بإجْبارٍ ، إنَّما الإجْبارُ فى حقِّ مَن له إذْنٌ واخْتِيارٌ . انتهى . ومنها ، لو كان يُخْنَقُ فى الأحْيانِ ، لم يجُزْ تزْوِيجُه إلَّا بإذْنِه . ومنها ، ليس للابنِ الصَّغيرِ إذا زوَّجَه الأبُ خِيارٌ إذا بلَغ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » وغيرِها . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقال الزَّرْكَشِىُّ : هو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والأصحابِ . وظاهِرُ كلامِ ابنِ الجَوْزِىِّ أنَّ له الخِيارَ . ومنها ، للأبِ قَبُولُ النِّكاحِ للمَجْنُونِ والصَّغيرِ ، وله أنْ يُفَوِّضَه إلى الصَّغيرِ . قال فى « الفُروعِ » :

---

(١) فى م : « يجن » ، والخُناق ، بالضم : داء يمتنع معه نفوذ النفَس إلى الرئة والقلب .

(٢) فى م : « المجنون » .

المقنع ....

الشرح الكبير

فصل : وإذا زَوَّجَ الصغيرَ أو[1] المجنونَ ، فإنَّه يَقْبَلُ لهما النِّكاحَ ، ولا يَأْذَنُ لهما فى قَبُولِه ؛ لأنَّهما ليسَا مِن أهلِ التَّصرُّفِ . فإن كان الغُلامُ ابنَ عَشْرٍ ، وهو مُمَيِّزٌ ، فقِياسُ المذهبِ جوازُ تَفْوِيضِ القَبُولِ إليه ، حتى يتوَلَّاهُ بنفْسِه ، كما يُفوَّضُ أمْرُ البَيْعِ[2] إليه . وإن تزَوَّجَ له الوَلِيُّ جازَ ، كما يَجُوزُ أن يَبْتاعَ له . وهذا على الرِّوايَةِ التى تقولُ بصِحَّةِ بَيْعِه ووُقوعِ طَلاقِه . فإن قُلْنا : لا يَصِحُّ ذلك منه . فهذا أَوْلَى .

الإنصاف

إنْ صحَّ بَيْعُه وطَلاقُه . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ويصِحُّ قَبُولُ المُمَيِّزِ بإذْنِ وَلِيِّه . نصَّ عليه . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : فإنْ كان الغُلامُ ابنَ عَشْرٍ وهو مُمَيِّزٌ ، فقِياسُ المذهبِ جوازُ تفويضِ القَبُولِ إليه . ومنها ، حيث قُلْنا : يُزَوِّجُ الصَّغِيرَ والمَجْنونَ . فيكونُ بواحِدَةٍ ، [٣/١٠ظ] وفى أرْبَعٍ وجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وظاهِرُ « المُغْنِى » و « الشَّرْحِ » الإطْلاقُ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : قِياسُ المذهبِ ، أنَّه لا يُزَوِّجُه أكثرَ مِن واحِدَةٍ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » . وقال القاضى فى « الجامِعِ الكَبِيرِ » : له تزْويجُ ابْنِه الصَّغِيرِ بأَرْبَعٍ . [3]قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيه » : وهو أظْهَرُ[3] . وجزَم به [3]ابنُ رَزِينٍ[3] فى « شَرْحِه » ، وقال : إذا رأى فيه مَصْلَحةً . وهو مُرادُ مَنْ أطْلَقَ . ويأْتِى حُكْمُ سائرِ الأوْلياءِ فى تزْويجِهم لهما . المَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، أوْلادُه الذُّكُورُ ، العاقِلين البالِغين ، ليس له تزْوِيجُهم . يعْنِى ، بغيرِ إذْنِهم ، بلا نِزاعٍ ، إلَّا أنْ يكونَ سَفِيهًا ففى إجْبارِه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ،

(١) فى م : « و » .

(٢) فى م : « المبيع » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وذَكَر القاضى أنَّه لا يَجُوزُ أن يَتزَوَّجَ لهما بأكثرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ؛ لأنَّه مُعاوَضَةٌ فى حَقِّ الغيرِ ، فلم تَجُزِ الزِّيادَةُ فيها على عِوَضِ المِثْلِ ، كبَيْعِ مالِه . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وإذا قُلْنا : إنَّ للأبِ تَزْوِيجَ ابْنَتِه[1] بدونِ صَداقِ مِثْلِها . فهذا مِثْلُه ، فإنَّه قد يَرَى المَصْلَحَةَ فى ذلك ، فجازَ له بَذْلُ المالِ فيه ، كما يَجُوزُ فى مُداوَاتِه ، بل الجوازُ هٰهُنا أوْلَى ؛ فإنَّ الغالِبَ أنَّ المرأةَ لا تَرْضَى بتَزْوِيجِ المجنونِ إلَّا أن تُرَغَّبَ بزِيادَةٍ على مَهْرِ مِثْلِها ، فيتَعَذَّرُ الوُصولُ إليه[2] بدونِ ذلك ، بخِلافِ المرأةِ . وذكَر القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، أنَّ قِياسَ المذهبِ أنَّه لا يُزَوِّجُ[3] بأكثرَ مِن امرأةٍ واحِدَةٍ ؛ لعَدَمِ حاجَتِه إلى زِيادَةٍ عليها ، فيكونُ بَذْلًا لمالِه فيما لا حاجَةَ به إليه . وذكَر فى « الجامعِ » ، أنَّ له تَزْوِيجَ ابْنِه الصغيرِ بأرْبَعٍ ؛ لأنَّه قد يَرَى المَصْلَحَةَ فيه . وليس له تَزْوِيجُه بمَعِيبَةٍ عَيْبًا يُرَدُّ به النِّكاحُ ؛ فإنَّ فيه ضَرَرًا به ، وتَفْوِيتَ مالِه فيما لا مَصْلَحَةَ له فيه ، فإن فَعَل ، خُرِّجَ فى صِحَّةِ النِّكاحِ وَجْهان ؛ فإن قُلْنا : يَصِحُّ . فهل للوَلِىِّ الفَسْخُ فى الحالِ ؟ على وَجْهَيْن ، نَذْكُرُ تَوْجِيهَهما فى تَزْوِيجِ الصغيرةِ بمَعِيبٍ . فإن لم يَفْسَخْ حتى بَلَغَ الصَّبِىُّ

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، فى هذا البابِ . قلتُ : الأوْلَى الإجْبارُ إنْ كان أصْلَحَ له . وتقدَّم ذلك أيضًا فى بابِ الحَجْرِ[4] بأتَمَّ مِن هذا ،

---

(1) فى م : « أمته » .
(2) سقط من : م .
(3) فى م : « يتزوج » .
(4) ٣٩٣/١٣ .

الشرح الكبير

أو عَقَل المجنونُ ، فلهما الفَسْخُ . وليس له تَزْوِيجُه بأَمَةٍ ؛ لأنَّ إباحَتَها مَشْرُوطَةٌ بخَوْفِ العَنَتِ ، وهو مَعْدُومٌ فى حَقِّ الصَّبِىِّ ، غيرُ مَعْلومٍ فى حَقِّ المجنونِ .

فصل : فأمَّا الإناثُ ، فللأبِ تَزْوِيجُ ابْنَتِه البِكْرِ الصغيرةِ التى لم تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِين ، بغيرِ خلافٍ ، إذا وَضَعَها فى كَفاءَةٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ ، أنَّ نِكاحَ الأبِ ابْنَتَه الصغيرةَ جائزٌ ، إذا زَوَّجَها مِن كُفْءٍ ، يَجُوزُ له ذلك مع كَراهَتِها وامْتِناعِها . وقد دَلَّ على جَوازِ تَزْوِيجِ الصغيرةِ قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ ﴾[1] ، فجعَلَ

الإنصاف

فليُراجَعْ . المَسْأَلَةُ الثَّالثةُ ، ابْنَتُه البِكْرُ التى لها دُونَ تِسْعِ سِنينَ ، فله تَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِها ورِضَاها ، بلا نِزاعٍ . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا . الرَّابعَةُ ، البِكْرُ التى لها تِسْعُ سنينَ فأزْيَدُ إلى ما قبلَ البُلوغِ ، له تَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، والمُصَنِّفُ فى «العُمْدَةِ» ، وصاحِبُ «الوَجيزِ» ، وغيرُهم . وقدَّمه فى «المُغْنِى» ، و «الشَّرْحِ» ، وقالا : هذا المَشْهورُ . وقدَّمه أيضًا فى « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغيرِ »، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لايجوزُ تزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنينَ إلَّا بإذْنِها . قال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : هو المَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهى أظْهَرُ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) سورة الطلاق ٤ .

الشرح الكبير

لِلَّائِى لم يَحِضْنَ عِدَّةَ ثلاثةِ أشْهُرٍ ، ولا تكونُ العِدَّةُ ثلاثةَ أشْهُرٍ إلَّا مِن [٦/٩٠و] طَلاقٍ فى نِكاحٍ (١أو فَسْخٍ١) ، فدَلَّ ذلك على (٢أنَّها تُزَوَّجُ٢) وتُطَلَّقُ ، ولا إذْنَ لها يُعْتَبَرُ . وقالت عائشةُ : تَزَوَّجَنِى النبىُّ ﷺ وأنا ابْنَةُ سِتٍّ ، وبَنَى بى وأنا ابنةُ تِسْعٍ . مُتَّفَقٌ عليه(٣) . ومَعْلُومٌ أنَّها لم تَكُنْ فى تلك الحالِ مِمَّن يُعْتَبَرُ إذْنُها . وروَى الأثْرَمُ أنَّ قُدامَةَ بنَ مَظْعُونٍ تزوَّجَ ابْنةَ الزُّبَيْرِ حينَ نَفِسَتْ ، فقِيلَ له ، فقال : ابنةُ الزُّبَيْرِ إن مِتُّ وَرِثَتْنِى ، وإن عِشْتُ كانتِ امْرَأَتِى . وزَوَّجَ علىٌّ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثُومٍ وهى صغيرةٌ عمرَ بنَ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنهما .

فصل : وفى البِكْرِ البالغةِ العاقلةِ رِوايتان ؛ إحْدَاهما ، له إجْبارُها على النِّكاحِ . وهذا مذهبُ مالكٍ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، والشَّافعىِّ ،

الإنصاف

و « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، وغيرِهم . واخْتارَ أبو بَكْرٍ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَهما اللهُ ، عدَمَ إجْبارِ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ ؛ بِكْرًا كانتْ أو ثَيِّبًا . قال فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ : إذا بلَغَتِ الجارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ ، فلا يُزَوِّجُها أبُوها ولا غيرُه إلَّا بإذْنِها . قال بعْضُ المُتأَخِّرِينَ مِنَ الأصحابِ : وهو الأقْوَى . الخامسةُ ، البِكْرُ البالِغَةُ له إجْبارُها أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه المُصَنِّفُ هنا ؛ حيث قال : وبناتِه الأبْكارِ . وعليه جَماهِيرُ الأصحابِ ؛ منهم الخِرَقِىُّ ، والقاضى ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » ، والشَّرِيفُ ، وابنُ البَنَّا ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) فى م : « تزويج » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٣٢/٦ . ويضاف إليه : وأخرجه مسلم ، فى : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٨/٢ ، ١٠٣٩ .

الشرح الكبير

(١)وإسْحاقَ(١) . والثانيةُ ، ليس له ذلك . اخْتارَها أبو بكرٍ . وهو مذهبُ الأوْزاعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصْحابِ الرَّأْىِ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لِما روَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسولَ اللهِ ، فكيف إذْنُها ؟ قال : « أَنْ تَسْكُتَ » . مُتَّفَقٌ عليه[٢] . وروَى أبو داودَ ، وابنُ ماجَه[٣] ، عن ابنِ عبّاسٍ ، أنَّ جارِيَةً بِكْرًا أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ أنَّ أباهَا زَوَّجَها وهى كارِهَةٌ ، فخَيَّرَها النبىُّ ﷺ . ولأنَّها جائِزَةُ

الإنصاف

والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وصحَّحَه فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » . قال فى « الإفْصاحِ » : هذا أظْهَرُ الرِّوايتَيْن . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، و « الفُروعِ » ، وقال : وتُجْبَرُ عندَ الأكْثَرِ بِكْرًا بالِغَةً . وعنه ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٧ / ٢٣ ، ٩ / ٣٢ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٦ ، ١٠٣٧ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٢ . والنسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٥٠ ، ٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى البكر يزوجها أبوها ولا يستأمرها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٣/١ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٣/١ .

الشرح الكبير

التَّصرُّفِ فى مالِها ، فلم يَجُزْ إجْبارُها ، كالثَّيِّبِ ، والرجلِ . ووَجْهُ الأُولَى ، ما روَى ابنُ عباسٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا » . رواه أبو داودَ[1] . فلمَّا قَسَمَ النِّسَاءَ قِسْمَيْن ، وأثْبَتَ الحقَّ لأحَدِهما ، دَلَّ على نَفْيِه عن الآخَرِ ،

الإنصاف

لا يُجْبِرُها . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . قال فى « الفائقِ » : وهو الأصحُّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهى أظْهَرُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » . فعلى المذهبِ ، يُسْتَحَبُّ إذْنُها ، وكذا إذْنُ أُمِّها . قالَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . السَّادسةُ ، البِكْرُ المَجْنونَةُ له إجْبارُها مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقيل : له إجْبارُها إنْ كان يَمْلِكُ إجْبارَها وهى عاقِلَةٌ ، وإلَّا فلا . وهو ظاهِرُ « الخِلافِ » لأبِى بَكْرٍ .

فائدة : لو كان وَلِيُّها الحاكِمَ ، فله تزْوِيجُها فى وَجْهٍ ، إذا اشْتَهَتْه . قاله فى « الرِّعايَةِ » ، وقال : وإنْ كان وَلِيُّها غيرَ الحاكِمِ والأبِ ، زوَّجَها الحاكِمُ . وقيل : بل يُزَوِّجُها وَلِيُّها . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقد قال المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، هنا : لسائرِ الأوْلياءِ تَزْويجُ المَجْنونَةِ إذا ظهَر منها المَيْلُ إلى الرِّجالِ . السَّابعةُ ، الثَّيِّبُ

(1) فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٤ .
كما أخرجه البخارى ، فى : باب فى النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٩/٣٣ . ومسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/١٠٣٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٢٥ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠١ . والدارمى ، فى : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٨ . والإمام مالك ، فى : باب استئذان البكر والأيم فى أنفسهما ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/٥٢٤ ، ٥٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢١٩ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ .

الشرح الكبير

وهو البِكْرُ ، فيَكونُ وَلِيُّها أحَقَّ منها بها ، ودَلَّ الحديثُ على أنَّ الاسْتِئْمارَ هٰهُنا ، والاسْتِئْذانَ فى حَدِيثِهم مُسْتَحَبٌّ غيرُ واجِبٍ ، كما رَوَى ابنُ عمرَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِى بَنَاتِهِنَّ » . رَواه أبو داودَ[1] . وحديثُ التى خَيَّرَها رسولُ اللهِ ﷺ مُرْسَلٌ ، ويَحْتَمِلُ أنَّها التى زَوَّجَها أبوها مِن ابنِ أخِيه لِيَرْفَعَ بها خَسِيسَتَه[2] ، فتَخْيِيرُها لذلك .

الإنصاف

المَجْنونَةُ الكَبِيرَةُ له إجْبارُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : له إجْبارُها ، فى الأصحِّ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وصحَّحاه . وقيل : لا تُجْبَرُ أَلْبَتَّةَ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . الثَّامنةُ ، الثَّيِّبُ العاقِلَةُ التى لها دُونَ تِسْعِ سنِينَ [٣/١١و] له إجْبارُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقطَع به كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم صاحِبُ « الانْتِصارِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : ليس له إجْبارُها . قلتُ : فعلى هذا ، لا تُزَوَّجُ أَلْبَتَّةَ حتى تبْلُغَ تِسْعَ سنِينَ ، فَيَثْبُتَ لها إذْنٌ مُعْتَبَرةٌ . التَّاسعةُ ، الثَّيِّبُ العاقِلَةُ التى لها تِسْعُ سِنِينَ فأكثرُ و لم تبْلُغْ ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فى جَوازِ إجْبارِها وَجْهَين ، وهما كذلك عندَ الأكْثَرِ . وعندَ أبِى الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، والمَجْدِ ، ومَن تابعَهما رِوايَتان . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ،

---

(١) فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٣ ، كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٣٤ .

(٢) فى م : «خسيسه» . والحديث أخرجه النسائى، فى : باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٧١ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٢ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١٣٦ .

الشرح الكبير

(1)ولأنَّ ما(1) لا يُشْتَرَطُ فى نِكاحِ (2)الصغيرةِ لا يُشترطُ فى نكاحِ(2) الكَبِيرَةِ ، كالنُّطْقِ (وعن أحمدَ ، لا يَجُوزُ تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسعِ سِنِينَ بغيرِ إذْنِها) اخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى الجارِيَةِ إذا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ،

الإنصاف

و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ؛ أحدُهما ، ليس له إجبارُها . وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ؛ منهم ابنُ بَطَّةَ ، وصاحِبُه أبو جَعْفَرِ ابنُ المُسْلمِ (3) ، وابنُ حامِدٍ ، والقاضى ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، له إجْبارُها . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الفائقِ » . العاشرةُ ، الثَّيِّبُ البالِغَةُ العاقِلَةُ ليس له إجْبارُها ، بلا نِزاعٍ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، بل هو كالصَّريحِ فى قوْلِه : فإنْ لم يَرْضَيا أو أحَدُهما ، لم يصِحَّ ، إلَّا الأبُ له تَزْوِيجُ أوْلادِه الصِّغارِ والمَجانِينِ ، وبَناتِه الأبْكارِ بغيرِ إذْنِهم . أنَّ الجَدَّ ليس له الإجْبارُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وذكَر فى « الواضِحِ » رِوايَةً ؛ أنَّ الجَدَّ يُجْبِرُ كالأبِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، للصَّغِيرَةِ ، بعدَ تِسعِ سِنِينَ ، إذْنٌ صَحيحةٌ مُعْتَبَرَةٌ ، حيثُ

(1 - 1) فى م : « ولأنه مما » .

(2 - 2) سقط من : م .

(3) كذا بالنسخ ، وكنيته أبو حفص ، وهو عمر بن إبراهيم بن عبد الله العكبرى ، يعرف بابن المسلم ، واشتهر بملازمة ابن بطة . تقدمت ترجمته فى 1/69 .

المقنع ....

الشرح الكبير

فالمَشْهُورُ عنه أنَّها كمَن لم تَبْلُغْ تِسْعًا . نصَّ عليه فى رِوايَةِ الأَثْرَمِ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وسائِرِ الفُقَهاءِ ، قالوا : حُكْمُ بِنْتِ تِسْعٍ حُكْمُ بِنْتِ ثَمانٍ ؛ لأنَّها غيرُ بالغةٍ ، ولأنَّ إذْنَها لا يُعْتَبَرُ فى سائِرِ التَّصَرُّفاتِ ، فكذلك فى النِّكاحِ . والرِّوايَةُ الثانيةُ ، حُكْمُها حُكْمُ البالغةِ . نَصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصورٍ ؛ لمَفْهُومِ الآيَةِ ، ولدَلالَةِ الخَبَرَيْن بعُمُومِهما على أنَّ اليَتِيمَةَ تُنْكَحُ بإذْنِها ، وإن أبَتْ فلا جَوازَ عليها ، وقد انْتَفَى الإِذْنُ فيما دُونَها ، فيَجِبُ حَمْلُه على مَن بَلَغَتْ تِسْعًا . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يَجُوزُ لغيرِ الأبِ تَزْوِيجُها بإذْنِها ، وحُكْمُها حُكْمُ البالغةِ فى

الإنصاف

قُلْنا : لا تُجْبَرُ . أو : تُجْبَرُ . لأجْلِ اسْتِحْبابِ إذْنِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه . ونقلَه عَبْدُ اللهِ ، وابنُ مَنْصُورٍ ، وأبو طالِبٍ ، وأبو الحارِثِ ، وابنُ هانِئٍ ، والمَيْمُونِيُّ ، والأَثْرَمُ . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به القاضى فى « تَعْليقِه » ، و « جامِعِه » ، و « مُجَرَّدِه » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « فُصولِه » ، و « تَذْكِرَتِه » ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وابنُ البَنَّا . ونصَبَها[1] الشِّيرَازِىُّ للخِلافِ . وهو ظاهِرُ كلامِ أبى بَكْرٍ . وجزَم به ناظِمُ المُفْرَداتِ . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : وهو الذى ذكَرَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ حامِدٍ ، وابنُ أبى مُوسى ، والقاضى ، ولم يَذْكُرُوا فيه خِلافًا . وكذا أكثرُ أصحابِ القاضى . انتهى . [2]واخْتارَه ابنُ شِهابٍ فى « عُيونِ المَسائلِ » ، وابنُ بَكْرُوسٍ ، وابنُ الجَوْزِىِّ فى « التَّحْقيقِ » . نقَلَه فى « تَصْحيحِ المُحَرَّرِ » عن جدِّه[2] . وقدَّمه فى

---

(١) فى الأصل ، ا : « ونصبهما » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

جَوازِ [٦/٩٠ظ] إجْبارِها ، للأبِ فيه الرِّوايتان[١] . وقد روَى الإمامُ أحمدُ[٢] بإسْنادِه عن عائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنها ، أنَّها قالتْ : إذا بَلَغَتِ الجارِيَةُ تِسْعَ سِنِينَ فهى امْرأةٌ . ورَواه القاضى بإسْنادِه عن ابنِ عمرَ ، عن النبىِّ ﷺ[٣] . ومَعْناه ، واللهُ أعلمُ ، فى حُكْمِ المرأةِ . ولأنَّها بَلَغَتْ سِنًّا يُمْكِنُ فيه حَيْضُها ، وتَحْدُثُ لها حاجَةٌ إلى النِّكاحِ ، فيُباحُ تَزْوِيجُها ، كالبالغةِ إذا زُوِّجَتْ . وقد خَطَب عمرُ أُمَّ كُلْثُومٍ بنتَ أبى بكرٍ بعدَ مَوْتِه إلى عائشةَ ، فأجابَتْه ، وهى لدُونِ عَشْرٍ ؛ لأنَّها إنَّما وُلِدَتْ بعدَ مَوْتِ أبيها ، وإنَّما كانت وِلايَةُ عمرَ عَشْرًا ، فكَرِهَتْه الجارِيَةُ ، فتَزَوَّجَها[٤] طَلْحةُ ابنُ عُبَيْدِ اللهِ ، ولم يُنْكِرْه مُنْكِرٌ ، فدَلَّ ذلك على اتِّفاقِهم على صِحَّةِ تَزْوِيجِها قبلَ بُلُوغِها بوِلايَةِ غيرِ أبِيها .

الإنصاف

« الفُروعِ » ، وقال : نقَلَه ، واخْتارَه الأكثرُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى أنَصُّهما وأشْهَرُهما عن الإمامِ أحمدَ . قال فى « التَّسْهِيلِ » : وإذْنُ بِنْتِ تِسْعِ سنِينَ مُعْتَبَرٌ فى الأظْهَرِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وذكَر أبو الخَطَّابِ وغيرُه رِوايَةً ، لا إذْنَ لها . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لا أعْلَمُ أحدًا ذكَرَها قبلَه . مع أنَّه لم يذْكُرْها فى « رُءوسِ المَسائلِ » . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »،

---

(١) فى الأصل : « روايتان » .

(٢) تقدم تخريجه فى ٢/٣٨٥ . ولم نجده فى المسند .

(٣) أخرجه أبو نعيم ، فى : تاريخ أصبهان ٢/ ٢٧٣ . والديلمى ، انظر : فردوس الأخبار ١/ ٣٨٥ . وضعف إسناده فى الإرواء ١/١٩٩ .

(٤) فى م : « فزوجها » .

المقنع

وَهَلْ لَهُ تَزْوِيجُ الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣٠٩٢ – مسألة : (وهل له تَزْوِيجُ الثَّيِّبِ الصَّغِيرَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ) أَمَّا الثَّيِّبُ[١] الكَبِيرَةُ ، فلا يَجُوزُ للأبِ ولا لغيرِه تَزْوِيجُها إلَّا بإذْنِها ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحسنَ فإنَّه قال : له تَزْوِيجُها وإن كَرِهَتْ . والنَّخَعِيُّ قال : يُزَوِّجُ بِنْتَه إذا كانت فى عِيالِه ، فإن كانت بائِنَةً فى بَيْتِها مع عِيالِها اسْتَأْمَرَها . قال إسماعيلُ بنُ إسْحاقَ[٢] : لا أَعْلَمُ أحدًا قال فى الثَّيِّبِ[١] بقَوْلِ الحسنِ . وهو قولٌ شاذٌّ ، خَالفَ فيه أهلَ العِلْمِ والسُّنَّةَ

الإنصاف

و « الفائقِ » . الثَّانيةُ ، حيث قُلْنا بإجْبارِ المَرْأَةِ ولها إذْنٌ ، أُخِذَ بتَعْيِينِها[٣] كُفْئًا ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ الذى لا يُعْدَلُ عنه . نقَل أبو طالِبٍ ، إنْ أرادَتِ الجارِيَةُ رَجُلًا ، وأرادَ الوَلِيُّ غيرَه ، اتَّبَعَ هَواها . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفائقِ » . زادَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : إنْ كانتْ رَشِيدَةً غيرَ مُجْبَرَةٍ . وقيل : يُؤْخَذُ بتَعْيِينِ الوَلِيِّ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . وتقدَّم ما يُشابِهُ ذلك فى أواخِرِ البابِ الذى قبلَه ، عندَ قوْلِه : والتَّعْوِيلُ فى الرَّدِّ والإجابَةِ عليها إنْ لم تَكُنْ مُجْبَرَةً .

(١) فى الأصل : « البنت » .

(٢) إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد ، أبو إسحاق القاضى ، الإمام العلامة ، الحافظ ، شيخ الإسلام ، قاضى بغداد ، صاحب التصانيف ، له « أحكام القرآن » . وغيره ، نشر مذهب مالك بالعراق ، توفى سنة اثنتين وثمانين ومائتين. سير أعلام النبلاء ١٣/ ٣٣٩ – ٣٤١ .

(٣) فى ا : « بتعينها » .

الشرح الكبير

الثَّابِتَةَ ، فإنَّ الخَنْساءَ ابْنَةَ خِدامٍ[1] الأنْصارِيَّةَ ، رَوَتْ أنَّ أباهَا زَوَّجها وهى ثَيِّبٌ[2] ، فكَرِهَتْ ذلك ، فأتَتِ النبىَّ ﷺ فرَدَّ نِكاحَه . رَواه البخارىُّ وغيرُه[3] . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[4] : هذا الحديثُ مُجْتَمَعٌ على صِحَّتِه ، والقولِ به ، ولا نَعْلَمُ مُخالِفًا له إلَّا الحسنَ ، وكانتِ الخَنْساءُ مِن أهلِ قُباءَ تحتَ أُنَيْسِ بنِ قتادَةَ ، فقُتِلَ عنها يومَ أُحُدٍ ، فزَوَّجها أبُوها رجلًا مِن بنى عَمْرِو بنِ[5] عَوْفٍ ، فكَرِهَتْه ، وَشَكَتْ ذلك إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فرَدَّ نِكاحَها ، ونَكَحَتْ أبا لُبابَةَ بنَ عبدِ المُنْذِرِ . ورَوَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ » . مُتَّفَقٌ عليه[6] . وقال : « الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا » . وروَى ابنُ عباسٍ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَيْسَ لِلْوَلِىِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ » . روَاهما النَّسائىُّ ، وأبو داودَ[7] . ولأنَّها رَشِيدَةٌ عالِمَةٌ بالمَقْصُودِ مِن النِّكاحِ مُخْتَبَرَةٌ ، فلم يَجُزْ

---

(١) ويروى « خدام » . انظر : عون المعبود شرح سنن أبى داود ٢ / ١٩٧ .

(٢) فى الأصل : « بنت » .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٩ / ٢٦ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨٤ . وابن ماجه ، فى : باب من زوج ابنته وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٢ . والدارمى ، فى : باب الثيب يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٩ . والإمام مالك ، فى : باب جامع مالا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٢٨ ، ٣٢٩ .

(٤) فى الاستذكار ٢٠٨/١٦ ، والتمهيد ٣١٨/١٩ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١ .

(٧) الأول تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٢ . والثانى أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٤/١ . والنسائى ، فى : باب استئذان البكر فى نفسها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٠/٦ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٣٤/١ .

المقنع

وَالسَّيِّدُ لَهُ تَزْوِيجُ إِمَائِهِ الْأَبْكَارِ والثُّيَّبِ وَعَبِيدِهِ الصِّغَارِ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ،

الشرح الكبير

إجْبارُها عليه ، كالرجلِ .

فصل : فأمَّا الثَّيِّبُ[1] الصَّغِيرَةُ ، ففيها وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَجُوزُ تَزْوِيجُها . وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِىِّ . واخْتِيارُ ابنِ حامدٍ ، وابنِ بَطَّةَ ، والقاضى ، ومَذْهَبُ الشافعىِّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ ، ولأنَّ الإِجْبارَ يَخْتَلِفُ بالبَكارَةِ والثُّيوبَةِ ، لا بالصِّغَرِ والكِبَرِ ، كما اخْتَلَفَ فى صِفَةِ الإِذْنِ ، ولأنَّ فى تَأْخِيرِها فائِدَةً ، وهى أن تَبْلُغَ فتَخْتارَ لنَفْسِها ويُعْتَبَرَ إذْنُها ، بخِلافِ البِكْرِ . الوَجْهُ الثانى ، أنَّ لأبِيها تَزْوِيجَها ، ولا يَسْتَأْمِرُها . اخْتارَه أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ؛ لأنَّها صغيرةٌ ، فجازَ إجْبارُها ، كالبِكْرِ والغُلامِ . يُحَقِّقُ ذلك أنَّها لا تَزِيدُ بالثُّيوبَةِ على ما حَصَل للغُلامِ بالذُّكُورِيَّةِ ، ثم الغُلامُ يُجْبَرُ إذا كان صغيرًا ، [٩١/٦و] فكذلك هذه ، والأخْبارُ مَحْمُولَةٌ على الكبيرةِ ، فإنَّه جَعَلَها أحَقَّ مِن وَلِيِّها ، والصَّغِيرَةُ لا حَقَّ لها . ويَتَخَرَّجُ وَجْهٌ ثالثٌ ، وهو أنَّ ابْنَةَ تِسْعٍ يُزَوِّجُها وَلِيُّها بإذْنِها ، ومَن دُونَ ذلك على ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ ؛ لما ذَكَرْنا فى البِكْرِ . واللهُ أعلمُ .

٣٠٩٣ – مسألة : (وللسَّيِّدِ تَزْوِيجُ إمائِه الثُّيَّبِ والأَبْكارِ ، وعَبِيدِه

الإنصاف

قوله : والسَّيِّدُ له تَزْوِيجُ إمائِه الأَبْكارِ والثُّيَّبِ . وهذا بلا نِزاعٍ بينَ الأصحابِ . ورُوِىَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ على أنَّه لا تُجْبَرُ الأَمَةُ الكبيرَةُ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ظاهِرُ هذا ، أنَّه لا تُجْبَرُ الأَمَةُ الكَبِيرَةُ ؛ بناءً على أنَّ مَنْفَعَةَ البُضْعِ

(١) فى الأصل : « البنت » .

الشرح الكبير

الصِّغارِ ، بغَيْرِ إذْنِهِم) لا نَعْلَمُ خِلافًا فى أنَّ[1] السَّيِّدَ إذا زَوَّجَ أمَتَه [2]بغيرِ إذْنِها[2] أنَّه يَصِحُّ ، ثَيِّبًا كانت أو بِكْرًا ، صغيرةً أو كبيرةً ؛ وذلك لأنَّ مَنافِعَها مَمْلُوكَةٌ له ، والنِّكاحُ عَقْدٌ على مَنْفَعَتِها[3] ، فأشْبَهَ عَقْدَ الإِجارَةِ ، ولذلك مَلَكَ الاسْتِمْتاعَ بها ، وبهذا فارَقَتِ العَبْدَ ، ولأنَّه يَنْتَفِعُ بذلك لِما يَحْصُلُ له مِن مَهْرِها ووَلَدِها ، وتَسْقُطُ عنه نَفَقَتُها وكُسْوَتُها ، بخلافِ العَبْدِ . والمُدَبَّرةُ والمُعَلَّقُ عِتْقُها بصِفَةٍ وأُمُّ الوَلَدِ كالأمَةِ فى إجْبارِها على النِّكاحِ . وقال مالكٌ فى آخِرِ أمْرِه : ليس له تَزْوِيجُ أُمِّ وَلَدِه بغيرِ إذْنِها . وكَرِهَه رَبِيعَةُ . وللشافعىِّ قَوْلان . وقد ذَكَرْنا ذلك فيما مَضَى . ولَنا ، أنَّها مَمْلُوكَتُه ، يَمْلِكُ الاسْتِمْتاعَ بها وإجارَتَها ، فمَلَكَ تَزْوِيجَها ، كالقِنِّ . وإذا مَلَكَ أخْتَه مِن الرَّضاعِ أو مَجُوسِيَّةً ، فله تَزْوِيجُهما[4] وإن كانتا مُحَرَّمَتَيْن عليه ؛ لأنَّ مَنافِعَهما مِلْكُه ، وإنَّما حَرُمَتا عليه لعارِضٍ . فأمَّا التى بَعْضُها حُرٌّ ، فلا يَمْلِكُ إجْبارَها ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ [5]جَمِيعَها . ولا يَمْلِكُ[5] إجْبارَ المُكاتَبَةِ ؛ لأنَّها بمَنْزِلَةِ الخارِجَةِ عن مِلْكِه ، ولذلك لا يَمْلِكُ إجارَتَها[6] ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُها ، ولا يَصِلُ إليه مَهْرُها .

الإنصاف

ليس بمالٍ . لكنَّ مُرادَ المُصَنِّفِ وغيرِه ، ممَّن أطلَقَ هنا ، غيرُ المُكاتَبَةِ ، فإنَّه ليس له إجْبارُها ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وفى « مُخْتَصَرِ ابنِ

---

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى م : « منفعة » .
(٤) فى م : «تزويجها » .
(٥ - ٥) سقط من : م .
(٦) فى م : « إجبارها » .

الشرح الكبير

فصل : إذا اشْتَرَى عَبْدُه المَأْذونُ أمَةً[1] ، ورَكِبَتْه دُيُونٌ ، مَلَك سَيِّدُه تَزْوِيجَها وبَيْعَها وإعْتاقَها . نَصَّ عليه أحمدُ ، وذَكَرَه أبو بكرٍ ، وقال : وللسَّيِّدِ وَطْؤُها . وقال الشافعيُّ : ليس له شيءٌ مِن ذلك ؛ لِما فيه مِن الإضْرارِ بالغُرَماءِ . وأصْلُ الخلافِ مَبْنِيٌّ[2] على دَيْنِ[3] المَأْذُونِ له فى التِّجارَةِ ، فعندَنا يَلْزَمُ السَّيِّدَ[4] ، فلا يَلْحَقُ الغُرَماءَ ضَرَرٌ بتَصَرُّفِ[5] السَّيِّدِ فى الأمَةِ ، فإنَّ الدَّيْنَ ما تَعَلَّقَ بها ، وعندَه أنَّ الدَّيْنَ تَعَلَّقَ بالعَبْدِ وبما فى يَدِه ، فيَلْحَقُهم الضَّرَرُ . والكَلامُ على هذا مَذْكُورٌ فى مَوْضِعِه[6] .

فصل : وليس للسَّيِّدِ إكْراهُ أمَتِه على التَّزْويجِ بمَعِيبٍ عَيْبًا يُرَدُّ به فى النِّكاحِ ؛ لأنَّه يُؤَثِّرُ فى الاسْتِمْتاعِ ، وذلك حَقٌّ لها ، ولذلك مَلَكَتِ الفَسْخَ بالجَبِّ والعُنَّةِ والامْتِناعِ مِن الفَيْئَةِ دُونَ السَّيِّدِ . وفارَقَ بَيْعَها لمَعِيبٍ ؛

الإنصاف

رَزِينٍ » وَجْهٌ ، له إجْبارُها .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو كان نِصْفُ الأمَةِ حُرًّا ونِصْفُها رَقِيقًا ، لم يَمْلِكْ مالِكُ الرِّقِّ إجْبارَها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وذكَر القاضى فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه ، [٣/١١ظ] أنَّ للسَّيِّدِ إجْبارَها . وتَبِعَه ابنُ عَقِيلٍ ، والحَلْوانِىُّ ، وابْنُه . وهو ضَعِيفٌ جِدًّا . قال بعضُهم : وهو وَهْمٌ . الثَّانيةُ ، لو كان

---

(١) فى م : « له » .

(٢) فى م : « ينبنى » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : « العبيد » .

(٥) فى م : « ويتصرف » .

(٦) انظر ماتقدم فى ٤١٧/١٣ ، ٤١٨ .

الشرح الكبير

لأنَّه لا يُرادُ للاسْتِمْتاعِ ، ولهذا مَلَك شِراءَ الأمَةِ المُحَرَّمَةِ عليه ، ولم تَمْلِكِ الأمَةُ[1] الفَسْخَ [2]لعَيْبِه و[2] لعُنَّتِه ولا إيلائِه . فإن زَوَّجَها مِن مَعِيبٍ فهل يَصِحُّ ؟ على وَجْهَيْن ، [3]فإنْ قُلْنا : يَصِحُّ . فلها الفَسْخُ . فإن كانت صغيرةً ، فهل لها الفَسْخُ فى الحالِ ، أو يَنْتَظِرُ بُلُوغَها ؟ على وَجْهَيْن[3] . ومَذْهَبُ الشافعيِّ هكذا فى هذا[4] الفصلِ كلِّه .

فصل : وللسَّيِّدِ تَزْوِيجُ عَبْدِه الصغيرِ بغيرِ إذْنِه فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ، إلَّا أنَّ بعضَ الشَّافِعِيَّةِ قال : فيه قَوْلان . وقال أبو الخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ تَزْوِيجَه . ولَنا ، أنَّه إذا مَلَك تَزْوِيجَ ابْنِه الصَّغيرِ ، فعَبْدُه مع مِلْكِه إيَّاه وتَمامِ وِلايَتِه عليه أَوْلَى . وكذلك الحُكْمُ فى عَبْدِه الصغيرِ المَجْنونِ[5] . [٦/٩١ظ]

الإنصاف

بعضُها مُعْتَقًا ، اعْتُبِرَ إذْنُها وإذْنُ مالِكِ البَقِيَّةِ ، كما لو كانتْ لاثْنَيْن ، ويقولُ كلُّ واحِدٍ منهما : زَوَّجْتُكَها . ولا يقولُ : زَوَّجْتُك بعضَها . قالَه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وابنُ الجَوْزِىِّ فى « المُذْهَبِ » ، والفَخْرُ فى « التَّرْغِيبِ » . واقْتَصرَ عليه فى « الفُروعِ » . لأنَّ النِّكاحَ لا يَقْبَلُ التَّبْعِيضَ والتَّجْزِىءَ ، بخِلافِ البَيْعِ والإجارَةِ .

قوله : وعَبِيدَه الصِّغارِ - يعْنِى ، له تزْوِيجُهم - بغيرِ إذْنِهم . وهو المذهبُ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) زيادة من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى الأصل : « و المجنون » .

المقنع

وَلَا يَمْلِكُ إِجْبَارَ عَبْدِهِ الْكَبِيرِ . وَيَحْتَمِلُ مِثْلُ ذَلِكَ فِى الصِّغَارِ أَيْضًا .

الشرح الكبير

٣٠٩٤ – مسألة : (ولا يَمْلِكُ إجْبارَ عَبْدِه الكبيرِ) إذا كان عاقِلًا . وبهذا قال الشافعىُّ فى أحَدِ قَوْلَيْه . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ : له ذلك ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ﴾(١) . ولأنَّه يَمْلِكُ رَقَبَته ، فمَلَكَ إجْبارَه على النِّكاحِ ، كالأمَةِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ إجارَتَه ، فأَشْبَهَ الأمَةَ . ولَنا ، أنَّه مُكَلَّفٌ يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فلا يُجْبَرُ على النِّكاحِ ، كالحُرِّ ، ولأنَّ النِّكاحَ خالِصُ حَقِّه ، ونَفْعُه له ، فأشْبَهَ الحُرَّ ، والأمْرُ بإنْكاحِه مُخْتَصٌّ بحالِ طَلَبِه ؛ بدليلِ عَطْفِه على الأيامَى ، وإنَّما يُزَوَّجْنَ عندَ الطَّلَبِ ، ولأنَّ مُقْتَضَى الأمْرِ الوُجُوبُ ، وإنَّما يَجِبُ تَزْويجُه عندَ طَلَبِه ، وأمَّا الأمَةُ فإنَّه يَمْلِكُ مَنافِعَ بُضْعِها والاسْتِمْتاعَ بها ، بخِلافِ العَبْدِ . ويُفارِقُ النِّكاحُ الإجارَةَ ؛ لأنَّها عَقْدٌ على مَنافِعِ بَدَنِه ، وهو يَمْلِكُ اسْتِيفاءَها (ويَحْتَمِلُ مثلُ ذلك فى الصغيرِ أيضًا) قِياسًا على الكبيرِ ، ويَقْوَى الاحْتِمالُ فى حَقِّ المُمَيِّزِ إذا قُلْنا بصِحَّةِ

الإنصاف

نصَّ عليه . وعليه الأصحابُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يَمْلِكَ إجْبارَهم(٢) . وهو لأبِى الخَطَّابِ . وحَكاه فى « عُيونِ المَسائلِ » رِوايَةً . وهو فى « الانْتِصارِ » وَجْهٌ . والحُكْمُ فى العَبْدِ المَجْنونِ الكَبِيرِ كذلك .

قوله : ولا يمْلِكُ إجْبارَ عَبْدِه الكَبِيرِ . يعْنِى العاقِلَ . هذا هو الصَّحيحُ مِنَ

---

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) فى الأصل : « إجباره » .

الشرح الكبير

طَلاقِه ؛ لأنَّه عاقِلٌ مُمَيِّزٌ ، يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، أشْبَهَ البالِغَ .

فصل : والمَهْرُ والنَّفَقَةُ على السَّيِّدِ ، سَواءٌ ضَمِنَهُما[1] أو لا ، وسَواءٌ باشَرَ العَقْدَ بنَفْسِه أو أذِنَ لعَبْدِه فعَقَدَه ، مَأْذُونًا له فى التِّجارَةِ أو مَحْجُورًا عليه . نصَّ عليه أحمدُ . وعنه ما يَدُلُّ على أنَّ ذلك يَتَعَلَّقُ بكَسْبِه ، فإنَّه قال : نَفَقَتُه مِن ضَرِيبَتِه . وقال[2] : إن كان بقِيمَةِ ضَرِيبَتِه ، أنْفَقَ عليها ، ولا يُعْطِى المَوْلَى ، وإن لم يَكُنْ عندَه ما يُنْفِقُ ، فُرِّقَ بينَهما . وهذا قولُ الشافعىِّ . وفائِدَةُ الخِلافِ أنَّ مَن ألْزَمَ السَّيِّدَ المَهْرَ والنَّفَقَةَ ، أوْجَبَهما عليه وإن لم يَكُنْ للعبدِ كَسْبٌ ، وليس للمرأةِ الفَسْخُ ؛ لعَدَمِ كَسْبِ العبدِ ، وللسَّيِّدِ استخدامُه ومَنْعُه الاكْتِسابَ ، ومَن عَلَّقَه بكَسْبِه فلم يَكُنْ له كَسْبٌ ، فللمرأةِ الفَسْخُ ، وليس للسَّيِّدِ مَنْعُه مِن التَّكَسُّبِ . ولَنا ، أنَّه حَقٌّ تَعَلَّقَ بالعَبْدِ[3] برِضَا سَيِّدِه ، فتَعَلَّقَ بسَيِّدِه ، وجازَ بَيْعُه فيه ، كما لو رَهَنَه بدَيْنٍ . فعلى هذا ، لو باعَه سَيِّدُه أو أعْتَقَه ، لم يَسْقُطِ المَهْرُ عن السَّيِّدِ . نَصَّ عليه ؛ لأنَّه حَقٌّ تَعَلَّقَ بذِمَّتِه ، فلم يَسْقُطْ ببَيْعِه وعِتْقِه ، كأَرْشِ جِنايَتِه ، فأمَّا النَّفَقَةُ فإنَّها تَتَجَدَّدُ ، فتكونُ فى الزَّمَنِ المُسْتَقْبَلِ على المُشْتَرِى أو على العَبْدِ إذا عَتَق .

الإنصاف

المذهبِ . نصَّ عليه . وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يَمْلِكُه .

---

(١) فى الأصل : « ضمنها » .

(٢) فى م : « قيل » .

(٣) فى م : « بالعقد » .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ أن يَتَزَوَّجَ السَّيِّدُ لعَبْدِه بإذْنِه ، وأن يَأْذَنَ للعَبْدِ فيَتزوَّجَ لنَفْسِه ؛ لأنَّه مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طلاقُه ، فكان مِن أهلِ مُباشَرَةِ العَقْدِ كالحُرِّ . ويَجُوزُ أن يَأْذَنَ له مُطْلَقًا ومُعَيَّنًا ، فإن عَيَّنَ له امرأةً ، أو نِساءَ بَلَدٍ أو قَبِيلَةٍ ، أو حُرَّةً أو أمَةً ، فتَزَوَّجَ غيرَها ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه مُتَصَرِّفٌ بالإِذْنِ ، فتَقَيَّدَ[1] تَصَرُّفُه بما[2] أُذِنَ له فيه كالوَكِيلِ . وإن أذِنَ له مُطْلَقًا ، فله أن يَتَزَوَّجَ مَن شاءَ ، لكنْ إن تزَوَّجَ امرأةً مِن بَلْدَةٍ أُخْرَى ، فلسَيِّدِه مَنْعُه مِن الخُرُوجِ إليها ، وإن كانت فى البَلَدِ ، فعلى سَيِّدِه إرْسالُه لَيْلًا للاسْتِمْتاعِ . وإن أحَبَّ سَيِّدُه أن يُسْكِنَها فى مَسْكَنٍ مِن دارِه ، فله ذلك [٦/٩٢و] إذا كان مَسْكَنَ مِثْلِها ، ولا يَلْزَمُه إرْسالُه نَهارًا ؛ لأنَّه يَحْتاجُ إلى اسْتِخْدامِه ، وليس النَّهارُ مَحِلًّا للاسْتِمْتاعِ غالبًا . ولسَيِّدِه السَّفَرُ به ، فإنَّ حَقَّ امرأةِ العبدِ عليه لا يَزِيدُ على حَقِّ امرأةِ الحُرِّ ، والحُرُّ يَمْلِكُ السَّفَرَ وإن كَرِهَتِ امْرأتُه ، كذا هٰهُنا .

فصل : وللسَّيِّدِ أن يُعَيِّنَ له المَهْرَ ، وله أن يُطْلِقَ ، فإن تَزَوَّجَ بما عَيَّنَه أو دُونَه ، أو بمَهْرِ المِثْلِ عندَ الإِطْلاقِ أو دونَه ، لَزِمَ المُسَمَّى ، وإن تزَوَّجَ بأكْثَرَ[3] مِن ذلك ، لم تَلْزَمِ السَّيِّدَ[4] الزِّيادَةُ . وهل يَتَعَلَّقُ برَقَبَةِ العَبْدِ أو ذِمَّتِه يُتْبَعُ بها بعدَ العِتْقِ ؟ على رِوايَتَيْن ، بِناءً[4] على اسْتِدانَةِ العَبْدِ

الإنصاف ....

(١) فى م : « فينفذ » .

(٢) فى م : « فيما » .

(٣) فى م : « أكثر » .

(٤) سقط من : م .

المقنع وَلَا يَجُوزُ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا ، إِلَّا الْمَجْنُونَةَ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا ظَهَرَ مِنْهَا الْمَيْلُ إِلَى الرِّجَالِ .

الشرح الكبير الْمَحْجُورِ عليه ، وقد ذَكَرْنا ذلك فى كتابِ الحَجْرِ[1] .

فصل : وإذا تَزَوَّجَ أَمَةً ثم اشْتَراها بإذْنِ سَيِّدِه لسَيِّدِه ، لم يُؤَثِّرْ ذلك فى نِكاحِه ، وإنِ اشْتَراها لنَفْسِه وقُلْنا : إنَّه لا يَمْلِكُ بالتَّمْلِيكِ . [2]فكذلك ، وإن قُلْنا : يَمْلِكُ بالتَّمْلِيكِ[2] . انْفَسَخَ نِكاحُه ، كما لو اشْتَرَى الحُرُّ امرأتَه[3] . وله وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمِينِ بإذْنِ سَيِّدِه ، فإن كان بعضُه حُرًّا فاشْتَراها فى ذِمَّتِه أو بما يَخْتَصُّ بمِلْكِه ، انْفَسَخَ نِكاحُه ؛ لأنَّه مَلَكَها وحَلَّتْ له بمِلْكِ يَمِينِه ، وإن مَلَكَ بَعْضَها ، انْفَسَخَ نِكاحُه و لم تَحِلَّ له ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ جَمِيعَها ، وإنِ اشْتَرَاها بعَيْنِ مالٍ مُشْتَرَكٍ[4] بينَه وبينَ سَيِّدِه بغيرِ إذْنِه وقُلْنا : إنَّه لا تُفَرَّقُ الصَّفْقَةُ . لم يَصِحَّ البَيْعُ ، والنِّكاحُ بحالِه . وإن قُلْنا بتَفْرِيقِها ، صَحَّ فى قَدْرِ مالِه ، وانْفَسَخَ النِّكاحُ بمِلْكِه بَعْضَها .

٣٠٩٥ - مسألة : (وليس لسائرِ الأَوْلياءِ تَزْوِيجُ كبيرةٍ إلَّا بإذْنِها ، إلَّا المجنونةَ ، لهم تَزْوِيجُها إذا ظَهَر منها المَيْلُ إلى الرِّجالِ) ليس لسائرِ الأَوْلياءِ غيرِ الأبِ تَزْوِيجُ كبيرةٍ بغيرِ إذْنِها ، جَدًّا كان أو غيرَه . وبه قال مالكٌ ،

الإنصاف قوله : ولا يجوزُ لسائرِ الأَوْلياءِ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إلَّا بإذْنِها ، إلَّا المَجْنُونَةَ ، لهم تَزْوِيجُها إذا ظهَر منها المَيْلُ إلى الرِّجالِ . وهذا المذهبُ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) انظر ماتقدم فى ١٣/ ٤١٧ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « امرأة » .

(٤) فى م : « مشتركة » .

الشرح الكبير

وأبو عُبَيْدٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى . وهو قولُ الشافعىِّ إلَّا فى الجَدِّ ، فإنَّه جَعَلَه كالأبِ ؛ لأنَّ وِلايَته وِلايَةُ إيلادٍ ، فمَلَكَ الإِجْبارَ ، كالأبِ . ولَنا ، ما روَى أبو هُرَيْرَةَ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسولَ اللهِ ، فكيف

الإنصاف

و « النَّظْمِ » . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ وغيرُه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : ليس لهم ذلك مُطْلَقًا . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكِمُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقال فى « الفُروعِ » : وذكَر القاضى وغيرُه وَجْهًا ، يُجْبِرُها الحاكِمُ . وأطْلَقهُنَّ الزَّرْكَشِىُّ . وأطْلَقَ الأوَّلَ والأخِيرَ فى « الرِّعايَةِ » .

فوائد[1] ؛ إحْداها ، لو لم يَكُنْ لها وَلِىٌّ إلَّا الحاكِمَ ، زَوَّجها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، وأبو الخَطَّابِ . قال فى « الفُروعِ » : يُجْبِرُها حاكِمٌ ، فى الأصحِّ . وقيل : ليس له ذلك . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال فى « المُغْنِى » ، وتَبِعَه فى « الشَّرْحِ » : وكذلك يَنْبَغِى أنْ يَمْلِكَ تَزْوِيجَها ، إنْ قال أهْلُ الطِّبِّ : إنَّ عِلَّتَها تزُولُ بتَزْوِيجِها ؛ لأنَّ ذلك مِن أعْظَمِ مَصالِحِها . الثَّانيةُ ، تُعْرَفُ شَهْوَتُها مِن كلامِها ومِن قَرائِنِ أحْوالِها ؛ كتَتَبُّعِها الرِّجالَ ، ومَيْلِها إليهم ، وأشباهِ ذلك . الثَّالثةُ ، إنِ احْتاجَ الصَّغِيرُ العاقِلُ والمَجْنونُ[2] المُطْبَقُ البالِغُ إلى النِّكاحِ ، زَوَّجَهما الحاكِمُ بعدَ الأبِ والوَصِىِّ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » فيهما . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ »

---

(١) فى الأصل : « فائدتان » .

(٢) فى الأصل : « أو مجنون ... » .

الشرح الكبير

إذْنُها ؟ قال : « أنْ تسْكُتَ » . مُتَّفَقٌ عليه[1] . ولأنَّ الجَدَّ قاصِرٌ عن الأبِ ، فلم يَمْلِكِ الإجْبارَ ، كالعَمِّ ، ولأنَّه يُدْلِي بغيرِه ، فأشْبَهَ سائِرَ العَصَباتِ ، وفارَقَ الأبَ ؛ فإنَّه يُدْلِي بغيرِ واسِطَةٍ ، ويُسْقِطُ الجَدَّ ، ويَحْجُبُ الأمَّ عن ثُلُثِ المالِ إلى ثُلُثِ الباقى فى زَوْجٍ وأبَوَيْن ، [2]أو امْرأةٍ وأبَوَيْن[2] . فأمَّا المجنونةُ[3] فلهم تَزْوِيجُها إذا ظَهَر لهم منها المَيْلُ إلى الرِّجالِ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكِمُ ؛ لأنَّه النَّاظِرُ لها فى مالِها دُونَهم ، فيَجِبُ أن يَخْتَصَّ بالولايَةِ . ووَجْهُ الأوَّلِ ،

الإنصاف

فى المَجْنونِ . وظاهِرُ « الإيضاحِ » لا يُزَوِّجُهما أيضًا . وإنْ لم يَحْتاجا إليه ، فليس له تَزْوِيجُهما ، على الصَّحيحِ مِنَ الوَجْهَين . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » عن المَجْنونِ : وهو أظْهَرُ . وقيل : يُزَوِّجُهما الحاكِمُ . وقال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : له تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ العاقِلِ ؛ لأنَّه يَلِى مالَه . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » فيهما ، وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » فى المَجْنونِ .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، ألْحَقَ فى « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايَةِ » جميعَ الأوْلِياءِ ، غيرَ الأبِ والوَصِىِّ ، بالحاكِمِ فى جَوازِ تَزْوِيجِهما عندَ الحاجَةِ ، والخِلافُ مع عدَمِها . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ هذه الأحْكامَ مَخْصُوصَةٌ بالحاكِمِ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، إلَّا أنَّهما قالا : يَنْبَغِى أنْ يجوزَ تَزْوِيجُه ، إذا قال أهْلُ الطِّبِّ : إنَّ فى ذلك ذَهابَ عِلَّتِه ؛ لأنَّه مِن أعْظَمِ مَصالِحِه . الثَّانى ، المُرادُ هنا مُطْلَقُ الحاجَةِ ؛ سواءٌ كانتِ الحاجَةُ للنِّكاحِ أو غيرِه .

(1) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١ .

(٢ - ٢) فى الأصل : « وامرأة » .

(3) فى الأصل : « المحجوبة » .

الشرح الكبير

أنَّ وِلايَتَهم مُقَدَّمَةٌ على وِلايَةِ الحاكِمِ لو كانت عاقلةً ، فكذلك إذا كانتْ مجنونةً . وقال الشافعىُّ : لا يَجُوزُ تَزْوِيجُها إلَّا أن يقولَ أهلُ الطِّبِّ : إنَّ عِلَّتَها تَزُولُ بذلك . ولَنا ، أنَّها مُحْتاجَةٌ إليه لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ عنها ، وصِيانَتِها عن الفُجُورِ ، وتَحْصِيلِ النَّفَقَةِ [٩٢/٦ظ] والمَهْرِ ، فجازَ تَزْوِيجُها تحْصِيلًا لهذه المصالِحِ ، كغيرِها .

فصل فى تَزْوِيجِ المجنونةِ : إن كانت ممَّن تُجْبَرُ لو[1] كانت عاقِلةً ، جازَ تَزْوِيجُها لمَن يَمْلِكُ إجْبارَها ؛ لأنَّه إذا مَلَك إجْبارَها مع عَقْلِها وامْتِناعِها ، فمع عَدَمِه أوْلَى . وإن كانت مِمَّن لا يُجْبَرُ ، فهى ثَلاثةُ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، أن يكونَ وَلِيُّها الأبَ أو وَصِيَّه ، كالثَّيِّبِ[2] الكبيرةِ ، فهذه يَجُوزُ لوَلِيِّها تَزْوِيجُها . ذَكَرَه القاضى . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه جَعَل للأبِ تَزْوِيجَ المَعْتُوهِ ، فالمرأةُ أوْلَى . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى حنيفةَ . ومَنَع منه أبو بكرٍ ؛ لأنَّها وِلايَةُ إجْبارٍ ، وليس على الثَّيِّبِ[3] وِلايَةُ إجْبارٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ فإنَّ وِلايَةَ الإجْبارِ إنَّما انْتَفَتْ عن العاقلةِ بحُصُولِ المُباشَرَةِ منها والخِبْرَةِ ، وهذه بخلافِ ذلك . وكذلك الحُكْمُ فى

الإنصاف

وكذلك أطْلَقَ الحاجَةَ كثيرٌ مِن الأصحابِ . وصرحَّ به فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال فى « الفُروعِ » : وهو أظْهَرُ . وقال ابنُ عقِيلٍ فى « الفُصولِ » وغيرُه : الحاجَةُ هنا هى الحاجَةُ إلى النِّكاحِ ، لا غيرُ .

---

(١) فى م : « أو » .

(٢) فى م : « كالبنت » .

(٣) فى النسختين : « البنت » . وانظر المغنى ٤١٢/٩ .

الشرح الكبير

الثَّيِّبِ[1] الصغيرةِ إذا قُلْنا بعَدَمِ الإجْبارِ فى حَقِّها ، إذا كانت عاقلةً . القسمُ الثانى ، أن يكونَ وَلِيُّها الحاكمَ ، ففيها وَجْهان ؛ أحَدُهما ، ليس له تَزْوِيجُها[2] بحالٍ ؛ لأنَّ هذه وِلايَةُ إجْبارٍ ، فلا تَثْبُتُ لغيرِ الأبِ ، [3]كحالِ عَقْلِها[3] . والثانى ، له تَزْوِيجُها إذا ظَهَر منها شَهْوَةُ الرِّجالِ ، كبيرةً كانت أو صغيرةً . وهو اخْتِيارُ ابنِ حامِدٍ ، وأبى الخَطَّابِ ، وقولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ لها حاجَةً إليه لدَفْعِ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ عنها ، وصِيانَتِها عن الفُجُورِ ، وتَحْصِيلِ المَهْرِ والنَّفَقَةِ ، والعَفافِ وصِيانَةِ العِرْضِ ، ولا سَبِيلَ إلى إذْنِها ، فأُبِيحَ تَزْوِيجُها ، كالثَّيِّبِ[4] مع أبِيها ، وكذلك يَنْبَغِى أن يَمْلِكَ تَزْوِيجَها إن قال أهلُ الطِّبِّ : إنَّ[2] عِلَّتَها تَزُولُ بتَزْوِيجِها ؛ لأنَّ ذلك مِن أعْظَمِ مَصالِحِها . وقال الشافعىُّ : لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ صغيرةٍ بحالٍ ، ويَمْلِكُ تَزْوِيجَ الكبيرةِ إذا قال أهْلُ الطِّبِّ : إنَّ عِلَّتَها تَزُولُ بتَزْوِيجِها . ولَنا ، أنَّ المَعْنَى المُبِيحَ للتَّزْوِيجِ وُجِد فى حَقِّ الصغيرةِ ، فأُبِيحَ تَزْوِيجُها ، كالكبيرةِ وإذا [5]ظَهَرَتْ منها[5] شَهْوَةُ الرِّجالِ[6] ، ففى تَزْوِيجِها مَصْلَحَتُها ودَفْعُ حاجَتِها . وتُعْرَفُ شَهْوَتُها مِن كلامِها ، ومِن قَرائِنِ أحْوالِها ، كَتَتَبُّعِها الرِّجالَ ومَيْلِها إليهم ، وأشْباهِ ذلك . القسمُ الثالثُ ، مَن وَلِيُّها غيرُ الأبِ والحاكِمِ ، فقال القاضى : لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكِمُ . فيكونُ حُكْمُها حُكْمَ

الإنصاف ....

---

(1) فى النسختين : « البنت » . وانظر المغنى ٤١٢/٩ .
(2) سقط من : م .
(3 - 3) فى م : « بحال عضلها » .
(4) فى الأصل : « كالبنت » .
(5 - 5) فى م : « أظهرت » .
(6) فى الأصل : « الرجل » .

المقنع

وَلَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بِحَالٍ . وَعَنْهُ ، لَهُمْ ذَلِكَ ، وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ . وَعَنْهُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ بِإِذْنِهَا .

الشرح الكبير

القِسْمِ الثانى على ما بَيَّنَّا . وقال أبو الخَطَّابِ : لهم تَزْوِيجُها فى الحالِ التى يَمْلِكُ الحاكمُ تَزْوِيجَ مُوَلِّيَتِه فيها . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ وِلايَتَهم مُقَدَّمَةٌ على وِلايَةِ الحاكِمِ ، فقُدِّمُوا عليه فى التَّزْوِيجِ ، كما لو كانت عاقلةً . ووَجْهُ قولِ القاضى ، أنَّ الحاكِمَ هو النَّاظِرُ فى مالِها دُونَهم ، فكان وَلِيًّا دُونَهم ، كتَزْوِيجِ أَمَتِها ، ولأنَّ هذا دَفْعُ حاجَةٍ ظاهرةٍ ، فكانت إلى الحاكِمِ ، كدَفْعِ حاجَةِ الجُوعِ والعُرْىِ . فإن كان وَصِىٌّ[1] فى مالِها ، لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَها ؛ لأنَّه لا وِلايَةَ له[2] ، والحكمُ فى تَزْوِيجِها حُكْمُ مَن وَلِيُّها غيرُ الأبِ والحاكِمِ ، كما ذكَرْنا .

٣٠٩٦ – مسألة : (وليس لهم تَزْوِيجُ صغيرةٍ بحالٍ) لما رُوِىَ أنَّ قُدامَةَ بنَ مَظْعُونٍ زَوَّجَ ابْنَةَ أخِيه مِن عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، [٩٣/٦و] فرُفِعَ ذلك إلى النبىِّ ﷺ فقال : « إنَّهَا يَتِيمَةٌ وَلَا تُنْكَحُ إلَّا بإذْنِهَا »[3] . [4]والصغيرةُ[4] لا إذن لها (وعن أحمدَ) أنَّ (لهم ذلك ، ولها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ) وهو قولُ الحسنِ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، وعَطاءٍ ، وطاوُسٍ ،

الإنصاف

قوله : وليس لهم تَزْوِيجُ صَغِيرَةٍ بحالٍ . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . جزَم به فى « العُمْدَةِ » . وصحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ،

---

(١) فى النسختين : « وصيا » . وانظر المغنى ٤١٣/٩ .

(٢) بعده فى المغنى ٤١٣/٩ : « فى نكاحها » .

(٣) أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ١٣٠/٢ . والدارقطنى ٢٣٠/٣ . والبيهقى ١٢٠/٧ .

(٤ – ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

وقَتادَةَ ، وابنِ شُبْرُمَةَ ، والأوْزاعِيِّ ، وأبى حنيفةَ . وقال هؤلاء غيرَ[1] أبى حنيفةَ : إذا زَوَّجَ الصَّغيرَيْن غيرُ الأب ، فلهما الخِيارُ إذا بَلَغَا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[2] . مَفْهُومُه أنَّه إذا لم يَخَفْ فله تَزْوِيجُ اليَتِيمَةِ ، واليَتِيمَةُ التى لم تَبْلُغْ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « لَا يُتْمَ بَعْدَ احْتِلَامٍ »[3] . قال عُرْوَةُ : سألْتُ عائشةَ عن قولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ . قالتْ : يا ابنَ أُخْتِى ، هذه اليَتِيمَةُ تكونُ فى حِجْرِ وَلِيِّها ، يُعْجِبُه مالُها وجمالُها ، يُرِيدُ أن يَتزَوَّجَها بغيرِ أن يُقْسِطَ فى صَداقِها ، فيُعْطِيَها مثلَ ما يُعْطِيها غيرُه ، فنُهوا عن نِكاحِهِنَّ إلَّا أن يُقْسِطُوا فِيهِنَّ ، ويَبْلُغوا

الإنصاف

و « النَّظْمِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولا عِبْرَةَ بما قالَه ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وعنه ، لهم ذلك . ولها الخِيارُ إذا بلَغَتْ ، ولو كان قبلَ تِسْعِ سِنِينَ . فعليها ، يُفِيدُ الحِلَّ [٣/١٢و] والإِرْثَ وبَقِيَّةَ أحْكامِ النِّكاحِ . على الصَّحيحِ . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الفُصولِ » : لا يُفِيدُ الإِرْثَ . وقال الزَّرْكَشِىُّ : ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبى مُوسى ، لا يُفِيدُهما ؛ لأنَّه جعَلَه مَوْقُوفًا . ومالَ إليه الزَّرْكَشِىُّ . وعنه رِوايَةٌ ثالِثَةٌ ، لهم تَزْوِيجُ ابْنَةِ تِسْعِ سِنِينَ بإذْنِها . اعْلَمْ أنَّ هذه الرِّوايَةَ مُفَرَّعَةٌ على ما تقدَّم ، مِن كَوْنِ ابنةِ تِسْعٍ هل لها إِذْنٌ مُعْتَبَرَةٌ

---

(١) فى النسختين : « عن » . وانظر المغنى ٩/٤٠٢ .

(٢) سورة النساء ٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠/٦٨ .

الشرح الكبير

أعْلَى[1] سُنَّتِهِنَّ فى الصَّداقِ . مُتَّفقٌ عليه[2] . ورَوَتْ عائشةُ أنَّ جاريةً بِكْرًا زَوَّجَها أبوها وهى كارِهَةٌ ، فَخَيَّرَها النبىُّ ﷺ[3] . الحديثُ مُرْسَلٌ . والثالثةُ ، لهم تَزْوِيجُها إذا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ؛ لقول رسولِ اللهِ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا ، وإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رَواه أبو داودَ[4] . وقد انْتَفَى الإِذْنُ فى مَن لم تَبْلُغْ تِسْعَ سِنِينَ ، فيَجِبُ حَمْلُه على مَن بلَغَتْ تِسْعًا .

الإنصاف

أمْ لا ؟ وتقدَّم أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهبِ المَنْصُوصَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، الذى عليه أكثرُ الأصحابِ ، أنَّ لها إذْنَ مُعتَبَرَةٍ ، فتكونُ هذه الرِّوايَةُ هى المذهبَ . وهو كذلك . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، وناظمُ

---

(1) فى الأصل : « على » .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب شركة اليتيم وأهل الميراث ، من كتاب الشركة ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب ... ﴾ ، من كتاب الوصايا ، وفى : باب : ﴿ وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب الترغيب فى النكاح ، وباب الأكفاء فى المال وتزويج المقل المثرية ، وباب لا يتزوج أكثر من أربع ....، وباب إذا كان الولى هو الخاطب ....، وباب تزويج اليتيمة ....، من كتاب النكاح ، وفى : باب ما ينهى من الاحتيال للولى فى اليتيمة ....، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ١٨٣/٣ ، ١١/٤ ، ٥٣/٦ ، ٥٤ ، ٣/٧ ، ١٠ ، ١١ ، ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٣١/٩ . ومسلم ، فى : كتاب التفسير . صحيح مسلم ٢٣١٣/٤ ، ٢٣١٤ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٧/١ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٥/٦ .

(3) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١ من حديث ابن عباس . وحديث عائشة تقدم فى صفحة ١٢٣ .

(4) فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٨٣/١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إكراه اليتيمة على التزويج . من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٢٩/٥ . والنسائى ، فى : باب البكر يزوجها أبوها وهى كارهة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧١/٦ ، ٧٢ . والدارمى ، فى : باب فى اليتيمة تزوج نفسها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٨/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٦١/١ ، ٣٣٤ ، ٢٥٩/٢ ، ٤٧٥ ، ٣٩٤/٤ ، ٤٠٨ ، ٤١١ .

الشرح الكبير

فصل : ويُسْتَحَبُّ للأبِ اسْتِئذانُ ابْنَتِه البِكْرِ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ أمَرَ به ، ونَهَى عن الإنْكاحِ بدُونِه ، وأقَلُّ أحْوالِ ذلك الاسْتِحْبابُ ، ولأنَّ فيه تطْييبَ قَلْبِها ، وخُرُوجًا مِن الخِلافِ ، وقالت عائشةُ : سألتُ رسولَ اللهِ ﷺ عن الجارِيَةِ يُنْكِحُها أهْلُها[1] ، أتُسْتَأْمَرُ أم لا ؟ فقال رسولُ اللهِ ﷺ : « نَعَمْ ، تُسْتَأْمَرُ »[2] . وقال رسولُ اللهِ ﷺ : « اسْتَأْمِرُوا النِّساءَ فِي أبْضَاعِهِنَّ » . قيل[3] : فإنَّ البِكْرَ تَسْتَحْيِي فتَسْكُتُ . قال[3] : « فَهُوَ إذْنُها »[4] . مُتَّفَقٌ عليهما[5] . ورُوِىَ عن عطاءٍ قال : كان النبيُّ

الإنصاف

« المُفْرَداتِ » . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : ولغيرِهما تزْويجُ بِنْتِ تِسْعِ سِنِينَ . على الأصحِّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . قال الزَّرْكَشِيُّ فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » : هذا هو المذهبُ . وجزَم به القاضى أبو الحُسَيْنِ فى « فُروعِه » . وأطْلَقهُنَّ فى « الكافِي » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « البُلْغَةِ » . وقد بنَى فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » ، وغيرِهم ، هذا الخِلافَ هنا

(١) فى الأصل : « أبوها » .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٧/٢ ، وهذا لفظه . وأخرجه البخارى مختصرا ، فى : باب لاينْكِح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ، من كتاب النكاح ، وفى : باب فى النكاح ، من كتاب الحيل . صحيح البخارى ٢٣/٧ ، ٣٣/٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٦٥/٦ .

(٣) سقط من النسختين ، والمثبت من المجتبى والمسند .

(٤) بهذا اللفظ أخرجه النسائى ، فى : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٠/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٥/٦ ، ٢٠٣ . وبنحوه أخرجه البخارى ، فى : باب لايجوز نكاح المكره ... ، من كتاب الإكراه . صحيح البخارى ٢٦/٩ ، ٢٧ .

(٥) هما حديث واحد ، انظر فتح البارى ١٩٢/٩ .

الشرح الكبير

ﷺ يَسْتَأْمِرُ بَناتِه إذا أنْكَحَهُنَّ . قال : كان يَجْلِسُ عندَ خِدْرِ المَخْطُوبَةِ فيقولُ : « إنَّ فُلَانًا يَذْكُرُ فُلَانَةَ » . فإن حَرَّكَتِ الخِدْرَ لم يُزَوِّجْها ، وإن سكَتَتْ زَوَّجَها[1] . ويُسْتَحَبُّ اسْتِئْذانُ المرأةِ فى تَزْوِيجِ ابْنَتِها ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « آمِرُوا النِّسَاءَ فِى بَنَاتِهِنَّ »[2] . ولأنَّها تُشارِكُه فى النَّظَرِ لِبِنْتِها وتَحْصِيلِ المَصْلَحَةِ لها ؛ لشَفَقَتِها عليها ، وفى اسْتِئْذانِها تَطْيِيبُ قَلْبِها وإرْضاؤُها ، فيكونُ أوْلَى .

الإنصاف

على الخِلافِ فى ابْنَةِ تِسْعٍ ، هل لها إذْنٌ مُعتَبَرةٌ أمْ لا ؟ كما تقدَّم . وظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » عدَمُ البِناءِ ؛ حيث أطْلَقُوا الخِلافَ هناك ، وقدَّمُوا هنا عدَمَ تَزْوِيجِهم مُطْلَقًا .

تنبيه : قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، لهم تزْوِيجُها ، كالحاكِمِ . فظاهِرُ هذا ، أنَّ للحاكِمِ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ ، وإنْ منَعْنا غيرَه مِن الأوْلِياءِ ، بلا خِلافٍ . ولا أعْلَمُ له على ذلك مُوافِقًا ، بل صرَّح فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، وغيرِهما بغيرِ ذلك ، ونصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، ومع ذلك له وَجْهٌ ؛ لأنَّه أعْلَمُ بالمَصالِحِ من غيرِه من الأوْلِياءِ ، لكِنْ يحْتاجُ إلى مُوافِقٍ ، ولعَلَّه : كالأبِ . فسَبق القَلَمُ . [3]وكذا قال شيْخُنا وابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيهما » . وذكَرَ شيْخُنا ، أنَّه ظاهِرُ كلامِ القاضى فى « المُجَرَّدِ »[3] .

---

(1) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/١٤١ ، بلفظه عن المهاجر بن عكرمة ، وبنحوه عن عطاء فى ١٤٤ . ووصله البيهقى عن أبى هريرة وابن عباس ، فى : السنن الكبرى ٧/١٢٣ ورجح إرساله . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٧٨ من حديث عائشة بنحوه .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المقنع وَإِذْنُ الثَّيِّبِ الْكَلَامُ ، وَإِذْنُ الْبِكْرِ الصُّمَاتُ .

الشرح الكبير **٣٠٩٧** – مسألة : (وإِذْنُ الثَّيِّبِ الكَلامُ ، وإِذْنُ البِكْرِ الصُّماتُ) أمَّا الثَّيِّبُ[1] ، فلا نَعْلَمُ بينَ أهلِ العلمِ خِلافًا فى أنَّ إذْنَها الكلامُ ؛ للخَبَرِ ، ولأنَّ اللِّسانَ هو المُعَبِّرُ عمّا فى القَلْبِ ، وهو المُعْتَبَرُ فى كُلِّ مَوْضِعٍ يُعْتَبَرُ فيه الإِذْنُ ، غيرَ أشْياءَ يَسِيرَةٍ أُقِيمَ الصَّمْتُ فيها مُقامَهُ لعَارِضٍ . وأمَّا البِكْرُ فإذْنُها صُماتُها فى قولِ عامَّةِ [٦/٩٣ظ] أهلِ العلمِ ؛ منهم شُرَيْحٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وأبو حنيفةَ . ولا فَرْقَ بينَ كَوْنِ الوَلِىِّ أبًا أو غيرَه . وقال أصحابُ الشافعىِّ : فى صَمْتِها فى حَقِّ غيرِ الأبِ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَكونُ إذْنًا ؛ لأنَّ الصُّماتَ عَدَمُ الإِذْنِ ، فلا يكونُ إذْنًا ، ولأنَّه مُحْتَمِلٌ للرِّضا [2]والحياءِ وغيرِهما[2] ، فلا يكونُ إذْنًا ، كما فى حَقِّ الثَّيِّبِ ، وإنَّما اكْتُفِىَ به فى حَقِّ

الإنصاف **تنبيهٌ آخَرُ** : المُرادُ بقَوْلِه فى الرِّوايَةِ الثَّانِيَةِ : ولها الخِيارُ إذا بلَغَتْ . البُلُوغُ المُعْتادُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِه . وقيل : إنَّه بُلوغُ تِسْعِ سِنِينَ . قطَع به ابنُ أبِى مُوسى ، والشِّيرازِىُّ .

قوله : وإذْنُ الثَّيِّبِ الكَلامُ – بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ – وإذْنُ البِكْرِ الصُّماتُ . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه الأصحابُ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . ولكِنْ نُطْقُها أبْلَغُ . وقيل : يُعْتَبَرُ النُّطْقُ فى غيرِ الأبِ . واخْتارَه القاضى فى « التَّعْليقِ » ، فى مَسْأَلَةِ إجْبارِ البالِغَةِ . وأطْلَقهما فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

---

(١) فى م : « البنت » .

(٢ – ٢) فى م : « وغيره » .

الشرح الكبير

الأبِ ؛ لأنَّ رِضَاها غيرُ مُعْتَبَرٍ . وهذا شُذُوذٌ عن أهلِ العلمِ ، وتَرْكٌ للسُّنَّةِ الصَّحِيحَةِ الصَّرِيحَةِ ، يُصانُ الشافعيُّ عن إضافَتِه إليه ، وجَعْلِه مذهبًا له ، مع كَوْنِه مِن أتْبَعِ النَّاسِ لسُنَّةِ رسولِ اللهِ ﷺ ، (١) ولا يُعَرِّجُ مُنْصِفٌ على هذا القولِ ، وقد تقَدَّمَتْ رِوايَتُنا عن رسولِ اللهِ ﷺ (١) أنَّه قال : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، ولَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ » . فقالوا : يا رسولَ اللهِ ، فكيف إذْنُها ؟ قال : « أَنْ تَسْكُتَ »[٢] . وفى روايةٍ عن عائشةَ أنَّها قالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ البِكْرَ تَسْتَحْيِي . قال : « رِضَاؤُهَا صَمْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عليه[٣] . وفى روايةٍ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِى نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ إِذْنُهَا »[٤] . وهذا صَرِيحٌ فى غيرِ ذاتِ الأبِ . والأَخْبارُ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يُعْتَبرُ فى الاسْتِئْذانِ تَسْمِيَةُ الزَّوْجِ على وَجْهٍ تقَعُ المَعْرِفَةُ به ، ولا يُشْتَرَطُ تَسْمِيَةُ المَهْرِ . على الصَّحيحِ . نقَلَه الزَّرْكَشِيُّ . الثَّانيةُ ، قال فى « التَّرْغِيبِ » وغيرِه : لا يُشْتَرَطُ الإشْهادُ على إذْنِها . وكذا قال ابنُ المَنِّيِّ فى « تَعْلِيقِه » : لا تُعْتَبَرُ الشَّهادَةُ على رِضَا المَرْأَةِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وفى المذهبِ خِلافٌ شاذٌّ ، يُشْتَرَطُ الإشْهادُ على إذْنِها . انتهى . وإنِ ادَّعَتِ الإذْنَ فأنْكَرَ وَرَثَتُه ، صُدِّقَتْ . وقال فى « الفُروعِ » : ولا تُشْتَرَطُ الشَّهادَةُ بخُلُوِّها عن المَوانِعِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١ . من حديث أبى هريرة .

(٣) أخرجه البخارى ، فى : باب لا يُنكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٣/٧ وهذا لفظه . وانظر ما تقدم فى صفحة ١٤٤ .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ١٤٣ .

الشرح الكبير

فى هذا كثيرةٌ . ولأنَّ الحَيَاءَ عُقْلَةٌ على[1] لِسَانِها ، يَمْنَعُها النُّطْقَ بالإِذْنِ ، ولا تَسْتَحْيِي مِن إبائِها وامْتِناعِها ، فإذا سَكَتَتْ غَلَب على الظَّنِّ أنَّه لرِضاها[2] ، فاكْتُفِيَ به . وما ذَكَرُوه يُفْضِي إلى أن لا يكونَ صَمْتُها إذْنًا فى حَقِّ الأبِ أيضًا ؛ لأنَّهم جعَلُوا وُجُودَه كعَدَمِه ، فيَكونُ إذًا رَدًّا على النبيِّ ﷺ بالكُلِّيَّةِ ، واطِّرَاحًا للأخْبارِ الصَّرِيحَةِ الجَلِيَّةِ ، وخَرْقًا لإِجْماعِ الأُمَّةِ .

فصل : فإن أذِنَتْ بالنُّطْقِ فهو أبْلَغُ وأتَمُّ ، وإن ضَحِكَتْ أو بَكَت فهو بمَنْزِلَةِ سُكُوتِها . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدٌ : إن بَكَت فليس بإذْنٍ ؛ لأنَّه يَدُلُّ على الكَراهَةِ ، وليس بصَمْتٍ فيَدْخُلَ فى عُمُومِ الحديثِ . ولَنا ، ما رَوَى أبو بكرٍ[3] بإسْنادِه عن أبى هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ اليَتِيمَةُ ، فَإِنْ بَكَتْ أو سَكَتَتْ فَهُوَ رِضَاهَا ، وإِنْ أَبَتْ فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . ولأنَّها غيرُ ناطِقَةٍ بالامْتِناعِ مع سَماعِها للاسْتِئْذانِ ، فكان إذْنًا منها ، كالصُّماتِ أو[4] الضَّحِكِ ، والبُكاءُ يَدُلُّ على فَرْطِ الحَياءِ ، لا على الكَراهَةِ ، ولو كَرِهَتْ لامْتَنَعَتْ ، فإنَّها لا تَسْتَحْيِي مِن الامْتِناعِ ،

الإنصاف

الشَّرْعِيَّةِ . واقْتَصَرَ عليه .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « كرضاها » .

(٣) وأخرجه أبو داود ، فى : باب فى الاستئمار ، من كتاب النكاح ، وقال أبو داود : وليس « بكت » بمحفوظ ، وهو وهم فى الحديث ، الوهم من ابن إدريس أو من محمد بن العلاء . سنن أبى داود ١/٤٨٣ . وانظر ما تقدم فى صفحة ١٤٣.

(٤) فى م : « و » .

المقنع

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الثُّيُوبَةِ بِوَطْءٍ مُبَاحٍ أَوْ مُحَرَّمٍ ، ....

الشرح الكبير

والحديثُ يَدُلُّ بصَريحِه على أنَّ الصَّمْتَ إذْنٌ ، وبمَعْناه على ما في مَعْناه مِن الضَّحِكِ والبُكاءِ ، ولذلك أقَمْنا الضَّحِكَ مُقامَه .

٣٠٩٨ – مسألة : (ولا فَرْقَ بينَ الثُّيُوبَةِ بوَطْءٍ مُباحٍ أو مُحَرَّمٍ) وجُمْلَتُه أنَّ الثَّيِّبَ المُعْتَبَرَ نُطْقُها ، هى المَوْطُوءَةُ في القُبُلِ ، سَواءٌ كان الوَطْءُ مُباحًا أو مُحَرَّمًا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقال مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، في المُصابَةِ بالفُجُورِ : حُكْمُها حُكْمُ البِكْرِ في إذْنِها و[1] تَزْوِيجِها ؛ لأنَّ عِلَّةَ الاكْتِفاءِ بصُماتِ البِكْرِ الحَياءُ ، [2]والحَياءُ[2] مِن الشيءِ لا يَزُولُ إلَّا بمُباشَرَتِه ، وهذه لم تُباشِرِ الإذْنَ في النِّكاحِ ، فبَقِيَ حَياؤُها منه بحالِه . ولَنا ، قولُه عليه السَّلامُ : « الثَّيِّبُ[3] تُعْرِبُ عَنْ نَفْسِهَا »[4] . ولأنَّ قولَه عليه السَّلامُ : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ البِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ ، وإِذْنُهَا أَنْ تَسْكُتَ »[5] . يَدُلُّ على أنه لابُدَّ مِن نُطْقِ الثَّيِّبِ ؛ لأنَّه قَسَمَ النِّساءَ قِسْمَيْن ، فجَعَلَ السُّكُوتَ إذْنًا لأحَدِهما ، فوَجب [٩٤/٦و]

الإنصاف

قوله : ولا فَرْقَ بين الثُّيُوبَةِ بوَطْءٍ مُباحٍ أو مُحَرَّمٍ . أمَّا الوَطْءُ المُباحُ ، فلا خِلافَ في أنَّها ثَيِّبَةٌ به . وأمَّا الوَطْءُ بالزِّنَى وذَهابُ البَكارَةِ به ، فالصَّحيحُ مِن المذهبِ أنَّه كالوَطْءِ المُباحِ في اعْتِبارِ الكَلامِ في إذْنِها . وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِيُّ :

---

(١) بعده في الأصل : « يجز » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) في م : « البكر » .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، في : باب استئمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/١٩٢ . وهو صحيح بشواهده . انظر الإرواء ٦/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ١٢١ من حديث أبي هريرة .

المقنع فَأَمَّا زَوالُ الْبَكَارَةِ بِإِصْبَعٍ أَوْ وَثْبَةٍ ، فَلَا يُغَيِّرُ صِفَةَ الْإِذْنِ .

الشرح الكبير أن يكونَ الآخرُ بخِلافِه ، وهذه ثَيِّبٌ ، فإنَّ الثَّيِّبَ المَوْطُوءَةُ فى القُبُلِ ، وهذه كذلك . ولأنَّه لو وَصَّى لثَّيِّبِ النِّساءِ دَخَلَتْ فى الوَصِيَّةِ ، ولو وَصَّى للأبْكارِ لم تَدْخُلْ ، ولو اشْتَرَطَها فى التَّزْوِيجِ أو الشِّراءِ بكْرًا[1] فوَجَدَها مُصابَةً بالزِّنَى ، مَلَك الفَسْخَ ، ولأنَّها مَوْطُوءَةٌ فى القُبُلِ ، أشْبَهَتِ المَوْطُوءَةَ بشُبْهَةٍ ، والتَّعْلِيلُ بالحَياءِ لا يَصِحُّ ؛ فإنه أمْرٌ خَفِىٌّ لا يُمْكِنُ اعْتِبارُه بنَفْسِه ، وإنَّما يُعْتَبَرُ بمَظِنَّتِه ، وهى البَكارَةُ ، ثم هذا التَّعْلِيلُ يُفْضِى إلى إبْطالِ مَنْطُوقِ الحديثِ ، فيكونُ باطِلًا فى نَفْسِه . ولا فَرْقَ بينَ المُكْرَهَةِ والمُطاوِعَةِ ، وعلى هذا ليس لأبِيها إجْبارُها إذا كانت بالِغَةً . وفى تَزْوِيجِها إذا كانت صغيرةً وَجْهان . قولُهم : إنَّها لم تُباشِرِ الإِذْنَ . قُلْنا : يَبْطُلُ بالمَوْطُوءَةِ بشُبْهَةٍ ، وبمِلْكِ يَمِينٍ ، و[2] المُزَوَّجَةِ وهى صغيرةٌ .

٣٠٩٩ – مسألة : (فأمَّا زَوالُ البَكارَةِ بإصْبَعٍ أو وَثْبَةٍ ، فلا يُغَيِّرُ صِفَةَ الإِذْنِ) إذا ذَهَبَتْ بَكارَتُها بغيرِ الوَطْءِ ؛ كالوَثْبَةِ ، أو شِدَّةِ حَيْضَةٍ ،

الإنصاف وصرَّح به الأصحابُ . قلتُ : بل أَوْلَى ، إنْ كانتْ مُطاوِعَةً . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ : ولو بزِنًى . وقيل : حُكْمُها حُكْمُ الأبكارِ . قلتُ : لعَلَّ صاحِبَ هذا القَوْلِ أرادَ إذا كانتْ مُكْرَهَةً ، وإلَّا فلا وَجْهَ له .

قوله : فأمَّا زَوالُ البَكارَةِ بإصْبَعٍ أو وَثْبَةٍ ، فلا يُغَيِّرُ صِفَةَ الإِذْنِ . وكذا الوَطْءُ فى الدُّبُرِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ فى ذلك كلِّه ، وعليه الأصحابُ . وعنه ،

---

(١) سقط من : م .
(٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

أو إِصْبَعٍ ، أو عُودٍ ، فحُكْمُها حكمُ الأبْكارِ . ذَكَرَه ابنُ حامِدٍ ؛ لأنَّها لم تَخْبُرِ(١) المَقْصُودَ ، ولا وُجِد وَطْؤُها فى القُبُلِ ، فأشْبَهَتْ مَن لم تَزُلْ عُذْرَتُها . وكذلك لو وُطِئَتْ فى الدُّبُرِ ؛ لأنَّها غيرُ مَوْطُوءَةٍ فى القُبُلِ .

فصل : إذا اخْتَلَفَ الزَّوْجُ والمرأةُ فى إذْنِها قبلَ الدُّخولِ ، فالقولُ قولُها فى قولِ أكثرِ الفُقَهاءِ . وقال زُفَرُ فى الثَّيِّبِ كقَوْلِ الجماعةِ ، وفى البِكْرِ : القولُ قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ الأصْلَ السُّكُوتُ ، والكلامُ حادِثٌ ، والزَّوْجُ يَدَّعِي الأصْلَ ، فالقولُ قولُه . ولَنا ، أنَّها مُنْكِرَةٌ للإِذْنِ ، والقولُ قولُ المُنْكِرِ ، ولأنَّه يَدَّعِي أنَّها اسْتُؤْذِنَتْ وسَمِعَتْ فصَمَتَتْ ، والأصلُ عدَمُ

الإنصاف

يُغَيِّرُ صِفَةَ الإذْنِ ، فيُعْتَبَرُ النُّطْقُ فى الكُلِّ . قلتُ : لو قيلَ بالفَرْقِ بينَ مَن ذهبَتْ بَكارَتُها بإصْبَعٍ أو وَثْبَةٍ ، وبينَ مَن وُطِئَتْ فى دُبُرِها مُطاوِعَةً ، فيَكْفِي الصَّمْتُ فى الأُولَى دُونَ الثَّانيَةِ ، لكان له وَجْهٌ قَوِىٌّ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، حيث حكَمْنا بالثُّيوبَةِ ، لو عادَتِ البَكارَةُ ، لم يزُلْ حُكْمُ الثُّيوبَةِ . ذكَرَه القاضى فى « الحاكِمِ » ، وذكَرَه غيرُه أيضًا . لأنَّ المَقْصُودَ مِنَ الثُّيوبَةِ حاصِلٌ لها . وذكَرَه أبو الخَطَّابِ محَلَّ وِفاقٍ . الثَّانيةُ ، [٣/١٢ظ] لو ضَحِكَتِ البِكْرُ أو بكَتْ ، كان كسُكُوتِها . قالَه الأصحابُ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : فإنْ بكَتْ كارِهَةً ، فلا ، إلَّا أنْ تكونَ مُجْبَرَةً . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ ؛ فإنَّ البُكاءَ تارَةً يكونُ مِن شِدَّةِ الفَرَحِ ، وتارَةً يكونُ لشِدَّةِ الغَضَبِ وعدَمِ الرِّضَا بالواقِعِ . فإنِ اشْتَبَهَ ذلك ، نظَرْنا إلى دَمْعِها ؛ فإنْ كان مِنَ السُّرورِ ، كان بارِدًا ، وإنْ كان مِنَ الحُزْنِ ، كان حارًّا . ذكَرَه البَغَوِىُّ عن بعضِ أهْلِ العِلْمِ ،

---

(١) فى م : « يجر » .

الشرح الكبير

ذلك ، وهذا جَوابٌ عن قولِه[1] . وإنِ اخْتَلَفا بعدَ الدُّخولِ فقال القاضى : القولُ[2] قولُ الزَّوْجِ ؛ لأنَّ التَّمْكِينَ مِن الوَطْءِ دليلٌ على الإِذْنِ وصِحَّةِ النِّكاحِ[3] ، فكان الظَّاهِرُ معه . وهل تُسْتَحْلَفُ المرأةُ إذا قُلْنا : القولُ قولُها ؟ قال القاضى : قِياسُ المذهبِ أنَّه لا يَمِينَ عليها ، كما لو ادَّعَى زَوْجِيَّتَها فأنْكَرَتْه . وبه قال أبو حنيفةَ . وقال[4] الشَّافِعِىُّ ، وأبو يوسفَ، ومحمدٌ: تُسْتَحْلَفُ. فإن نَكَلَتْ، فقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَثْبُتُ النِّكاحُ . وقال الشافعىُّ : يُسْتَحْلَفُ الزَّوْجُ ، ويَثْبُتُ النِّكاحُ . ولَنا ، أنَّه اخْتِلافٌ فى زَوْجِيَّةٍ[5] ، فلا يَثْبُتُ بالنُّكُولِ ، كما لو ادَّعَى الزَّوْجُ أصْلَ التَّزْوِيجِ فأنْكَرَتْه . فإن كانتِ المرأةُ ادَّعَتْ أنَّها أذِنَتْ وأنْكرَ وَرَثَةُ الزَّوْجِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنه اخْتِلافٌ فى أمْرٍ مُختصٍّ بها ، صادرٍ مِن جهتِها ، فكان القولُ قولَها فيه ، كما لو اخْتَلَفُوا فى نِيَّتِها فيما تُعْتَبَرُ فيه نِيَّتُها ، ولأنَّها تَدَّعِى صِحَّةَ العَقْدِ وهم يَدَّعُونَ فَسادَه ، فالظَّاهِرُ معها .

الإنصاف

فى تفسيرِ قوْلِه تَعالَى فى مَرْيَمَ : ﴿ وَقَرِّى عَيْنًا ﴾[6] . فإنْ قيل : كان يُمْكِنُها النُّطْقُ إذا كَرِهَتْ . قُلْنا : وكان يُمْكِنُها النُّطْقُ بالإِذْنِ [7]إذا رَضِيَتْ[7] ، ولكِنَّها لمَّا كانتْ مَطْبُوعَةً على الحَياءِ فى النُّطْقِ ، عمَّ الرِّضَا والكَراهَةَ .

---

(١) بعده فى المغنى ٤١١/٩ : « إن الأصل معه » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « البكارة » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « زوجيته » .

(٦)سورة مريم ٢٦ . وانظر تفسير البغوى ٢٤٣/٤ .

(٧ - ٧) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

[٦/٩٦ظ] **فصل فى المَحْجُورِ عليه للسَّفَهِ** : والكلامُ فى نِكاحِه فى ثلاثةِ أحْوالٍ ؛ أحَدُها ، أنَّ لوَلِيِّه تَزْوِيجَه إذا عَلِم حاجَتَه إلى النِّكاحِ ؛ لأنَّه نُصِبَ لمَصالِحِه ، وهذا مِن مَصالِحِه ، لأنَّه يَصُونُ به دِينَه وعِرْضَه ونَفْسَه ، فإنَّه رُبَّما تعَرَّضَ بتَرْكِ التَّزْوِيجِ للإثْمِ بالزِّنَى المُوجِبِ للحدِّ ، وهَتْكِ العِرْضِ ، وسَواءٌ عَلِم بحاجَتِه بقولِه أو بغيرِ قولِه ، وسَواءٌ كانت حاجَتُه إلى الاسْتِمْتاعِ أو إلى الخِدْمَةِ ، فيُزَوِّجُه امرأةً لتَحِلَّ له ؛ لأنَّه يَحْتاجُ إلى الخَلْوَةِ بها . وإن لم يَكُنْ به حاجَةٌ إليه ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُه ؛ لأنَّه تَلْزَمُه بالنِّكاحِ حُقُوقٌ ؛ مِن المَهْرِ ، والنفقةِ ، والعِشْرَةِ ، والمَبِيتِ ، والسُّكْنَى ، فيكونُ تَضْيِيعًا لمالِه ونَفْسِه فى غيرِ فائدةٍ ، فلم يَجُزْ ، كتَبْذِيرِ مالِه . وإذا أرادَ تَزْوِيجَه اسْتَأْذَنَه فى تَزْوِيجِه ، فإن زَوَّجَه بغيرِ إذْنِه فقال أصحابُنا : يَصِحُّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فمَلَكَه الوَلِىُّ فى حَقِّ المُوَلَّى عليه ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، أشْبَهَ الصغيرَ والمجْنونَ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَمْلِكَ تَزْوِيجَه بغيرِ إذْنِه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فلم يُجْبَرْ على النِّكاحِ ، كالرَّشِيدِ والعَبْدِ الكبيرِ ، وذلك لأنَّ إجْبارَه على النِّكاحِ مع مِلْكِ الطَّلاقِ مُجَرَّدُ إضْرارٍ ، فإنَّه يُطَلِّقُ فيَلْزَمُه الصَّداقُ مع فَواتِ النِّكاحِ ، ولأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى امْرَأةٍ ، ولا يكونُ له فى أُخْرَى ، فإذا أُجْبِرَ على مَن يَكْرَهُها لم تَحْصُلْ له المصلحةُ منها ، وفاتَ عليه غَرَضُه مِن الأُخْرَى ، فيَحْصُلُ مُجَرَّدُ ضَرَرٍ مُسْتَغْنًى عنه . وإنَّما جازَ ذلك فى حَقِّ المَجْنُونِ والطِّفْلِ ، لعَدَمِ إمْكانِ الوُصُولِ إلى ذلك مِن قولِهما ، ولا يَتَعَذَّرُ ذلك هٰهُنا ، فوَجَبَ

الإنصاف ....

الشرح الكبير

أن لا يُفَوِّتَ ذلك عليه ، كالرَّشِيدِ . الحالُ الثانى ، أنَّ للوَلِىِّ أن يَأْذَنَ له فى التَّزْوِيجِ فى الحالِ التى للوَلِىِّ تَزْوِيجُه فيها ، وهى حالةُ الحاجَةِ ؛ لأنَّه مِن أهلِ النِّكاحِ ، فإنَّه عاقِلٌ مُكَلَّفٌ ، ولذلك[1] يَمْلِكُ الطَّلاقَ والخُلْعَ ، فجازَ أن يُفَوِّضَ إليه ذلك ، وهو مُخَيَّرٌ بينَ أن يُعَيِّنَ له المرأةَ أو يَأْذَنَ له مُطْلَقًا . وقال بعضُ الشافعيةِ : يَحْتاجُ إلى التَّعْيينِ له ؛ لئلَّا يَتزَوَّجَ شَرِيفةً يَكْثُرُ مَهْرُها ونَفَقتُها ، فيَتَضَرَّرُ بذلك . ولَنا ، أنَّه أَذِنَ فى النِّكاحِ ، فجازَ مِن غيرِ تَعْيينٍ ، كالإِذْنِ للعَبْدِ ، وبهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرُوه . ولا يَتزَوَّجُ إلَّا بمَهْرِ المِثْلِ ، فإن زادَ على مَهْرِ المِثْلِ ، بَطَلَتِ الزِّيادَةُ ؛ لأنَّها مُحاباةٌ بمالِه ، وهو لا يَمْلِكُها . وإن نَقَص عن مَهْرِ المِثْلِ ، جازَ ؛ لأنَّه رِبْحٌ[2] مِن غيرِ خُسْرانٍ . الحالُ الثالثُ ، إذا تَزَوَّجَ بغيرِ إذْنٍ ، فقال أبو بكرٍ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، أوْمأَ إليه أحمدُ . قال القاضى : يَعْنِى إذا كان مُحْتاجًا ، فإن عُدِمَتِ الحاجَةُ لم يَجُزْ ؛ لأنَّه إتْلافٌ لمالِه فى غيرِ فائدةٍ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن أمْكَنَه اسْتِئْذانُ وَلِيِّه لم يَصِحَّ إلَّا بإذْنِه ؛ لأنَّه مَحْجُورٌ عليه ، فلم يَصِحَّ منه التَّصَرُّفُ بغيرِ إذْنِه ، كالعَبْدِ ، وإن طَلَب منه النِّكاحَ ، فأبَى أن يُزَوِّجَه ، ففيه وَجْهان . ولَنا ، أنَّه إذا احْتاجَ إلى النِّكاحِ فحَقُّه مُتَعَيِّنٌ فيه ، فصَحَّ اسْتِيفاؤُه بنفسِه ، كما لو اسْتَوْفَى دَيْنَه [٦/٩٥و] الحالَّ عندَ امْتِناعِ وَلِيِّه مِن اسْتِيفائِه . فأمَّا إن تَزَوَّجَ مِن غيرِ حاجةٍ ، لم يَصِحَّ ، فإن وَطِئَ ، فعليه مَهْرُ المِثْلِ للزَّوْجَةِ ؛ لأنَّه أتْلَفَ بُضْعَها بشُبْهَةٍ ، فلَزِمَه عِوَضُ

الإنصاف

(١) فى م : « كذلك » .

(٢) فى م : « تزوج » .

المقنع

فَصْلٌ : [٢٠٣و] الثَّالِثُ ، الْوَلِىُّ ، فَلاَ نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِىٍّ ، فَإِنْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا أَوْ غَيْرَهَا ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

ما أتْلَفَ ، كإتْلافِ مالِها .

فصل : قال الشَّيْخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الثَّالِثُ ، الوَلِىُّ ، فلا نِكاحَ إلَّا بوَلِىٍّ ، فإن زَوَّجَتِ المرأةُ نَفْسَها أو غيرَها ، لم يَصِحَّ) ولا تَمْلِكُ تَوْكِيلَ غيرِ وَلِيِّها (١ فى تَزْوِيجِها ١) ، فإن فَعَلَتْ ، لم يَصِحَّ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ ، وابنِ عبّاسٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، وعائشةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وإليه ذَهَبَ سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وعمرُ بنُ عبدِ العزيزِ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، وابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ المباركِ ، وعُبَيْدُ (٢) اللهِ العَنْبَرِىُّ ، (١ والشافعىُّ ١) ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . ورُوِىَ عن ابنِ سِيرِينَ ، والقاسمِ بنِ محمدٍ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ، وأبى يوسفَ ، لا يَجُوزُ لها ذلك بغيرِ إذْنِ الوَلِىِّ ، فإن فَعَلَتْ كان مَوْقُوفًا على إجازَتِه . وقال أبو حنيفةَ : لها أن تُزَوِّجَ نَفْسَها وغيرَها ، وتُوَكِّلَ فى النِّكاحِ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ ﴾ (٣) . أضافَ النِّكاحَ إليهنَّ ، ونَهَى عن مَنْعِهِنَّ منه (٤) ، ولأنَّه خالِصُ حَقِّها ، وهى مِن أهلِ

الإنصاف

قوله : الثَّالِثُ ، الوَلِىُّ ، فلا نِكاحَ إلَّا بوَلِىٍّ . هذا المذهبُ . أعْنِى أنَّ الوَلِىَّ شَرْطٌ فى صِحَّةِ النِّكاحِ . وعليه الأصحابُ . ونصَّ عليه . قال الزَّرْكَشِىُّ : لا يخْتَلِفُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « عبد » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

الْمُبَاشَرَةِ ، فصَحَّ منها ، كَبَيْعِ أَمَتِها ، ولأنَّها إذا مَلَكَتْ بَيْعَ أَمَتِها ، وهو تَصَرُّفٌ فى رَقَبَتِها وسائِرِ مَنافِعِها ، ففى النِّكاحِ الذى هو عَقْدٌ على بعضِ نَفْعِها أَوْلَى . ولَنا ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ » . رَوَتْه عائشةُ ، وأبو مُوسى ، وابنُ عباسٍ[1] . قال المَرُّوذِىُّ : سَأَلْتُ أحمدَ ويَحْيَى عن حديثِ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ » . فقالا : صَحِيحٌ . ورُوِىَ عن عائشةَ ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ ، فَإِنْ أَصَابَهَا فَلَهَا[2] الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ » . رَواه الإمامُ أحمدُ ، وأبو داودَ ، وغيرُهما[3] . فإن قِيلَ : فإنَّ الزُّهْرِىَّ راوِيه[4] ، وقد أنْكَرَه . [5]قال ابنُ جُرَيْجٍ : سَأَلْتُ الزُّهْرِىَّ عنه فلم يَعْرِفْه . قُلْنا : لم يَنْقُلْ هذا عن ابنِ جُرَيْجٍ غيرُ ابنِ عُلَيَّةَ ، كذلك[5] قال الإمامُ أحمدُ ويَحيى ،

الإنصاف

الأصحابُ فى ذلك . وعنه ، ليس الوَلِىُّ بشَرْطٍ مُطْلَقًا . وخصَّها المُصَنِّفُ وجماعَةٌ

(١) حديث عائشة أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٢٦٠ .

وحديث أبى موسى أخرجه أبو داود ، فى : باب الولى ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨١ . والترمذى ، فى : باب ماجاء لا نكاح إلا بولى ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/١٢. وابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن النكاح بغير ولى ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٣٩٤ ، ٤١٣ ، ٤١٨ .

وحديث ابن عباس أخرجه ابن ماجه ، فى الموضع السابق ، والإمام أحمد فى : المسند ١/٢٥٠ . وانظر الكلام مستوفى على طرق الحديث فى الإرواء ٦/٢٣٥ - ٢٤٣ .

(٢) فى م : « فله » .

(٣) تقدم تخريجه فى ١٦/٣١١ ، ٣١٢ .

(٤) فى م : « رواه » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ولو ثَبَت[1] هذا ، لم يَكُنْ فيه حُجَّةٌ ؛ لأنَّه قد نَقَلَه ثِقاتٌ عنه ، فلو نَسِيَه الزُّهْرِىُّ لم يُضِرْه ؛ لأنَّ النِّسْيانَ لم يُعْصَمْ منه إنْسانٌ ، قال النبىُّ ﷺ : « نَسِىَ آدَمُ فَنَسِيَتْ ذُرِّيَّتُهُ »[2] . ولأنَّها مُوَلًّى عليها فى النِّكاحِ ، فلا تَلِيه ، كالصَّغيرةِ . فأمَّا الآيَةُ ، فإنَّ عَضْلَها الامْتِناعُ مِن تَزْوِيجِها ، وهذا يَدُلُّ على أنَّ نِكاحَها إلى الوَلِىِّ ، و[3] يَدُلُّ عليه[4] أنَّها نزَلَتْ فى شَأْنِ مَعْقِلِ ابنِ يَسارٍ حينَ امْتَنَعَ مِن تَزْوِيجِ أختِه[5] ، فدَعاه النبىُّ ﷺ فزَوَّجَها[6] . وأضافَه إليها لأنَّها مَحَلٌّ له . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّه لا يَجُوزُ لها تَزْوِيجُ أحدٍ[7] .

الإنصاف

بالعُذْرِ لعدَمِ الوَلِىِّ والسُّلْطانِ . فعلى المذهبِ ، لو زوَّجَتِ المَرْأَةُ نفسَها أو غيرَها ، لم يصِحَّ . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يجوزُ لها تَزْوِيجُ نفْسِها . ذكَرَها

---

(1) فى م : « لم يثبت » .

(2) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الأعراف ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١١/ ١٩٦ - ١٩٩ .

(3) فى م : « وهذا » .

(4) فى م : « على » .

(5) سقط من : م . وفى الأصل : « ابنته » . والمثبت من مصادر التخريج .

(6) أخرجه البخارى ، فى : باب : ﴿ إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب من قال : لا نكاح إلا بولى . من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٦ / ٣٦ ، ٧ / ٢١ . وأبو داود ، فى : باب فى العضل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٨١ . والترمذى ، فى : باب : ﴿ وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ... ﴾ ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢ / ١٠٣ .

(7) سقط من : م .

المقنع

وَعَنْهُ ، لَهَا تَزْوِيجُ أَمَتِهَا وَمُعْتَقَتِهَا . فَيُخَرَّجُ مِنْهُ صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِهَا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، وَتَزْوِيجِ غَيْرِهَا بِالْوَكَالَةِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

الشرح الكبير

٣١٠٠ – مسألة : (وعن أحمدَ) أنَّ (لها تَزْوِيجَ أمَتِها ومُعْتَقَتِها) وهذا يَدُلُّ على أنَّه تَصِحُّ عِبارَتُها[1] فى النِّكاحِ (فيُخَرَّجُ منه) أنَّ لها (تَزْوِيجَ نَفْسِها بإذْنِ وَلِيِّها ، وغيرِها بالوَكالةِ) وهو مذهبُ[2] محمدِ بن الحسنِ . ويَنْبَغِى أن يكونَ [٦/٩٥ظ] قوْلًا لابنِ سِيرينَ ومَن معه ؛ لأنَّ قولَ النبىِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نفسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ » . يَدُلُّ بمَفْهُومِه على صِحَّتِه بإذْنِه . ولأنَّها[3] إنَّما مُنِعَتْ الاسْتِقْلالَ بالنِّكاحِ لِقُصُورِ عَقْلِها ، فلا يُؤْمَنُ انْخِداعُها ووُقُوعُه منها على وَجْهِ المَفْسَدَةِ ، وهذا مَأْمُونٌ فيما إذا أذِنَ فيه وَلِيُّها (والمذهبُ الأوَّلُ) لعمومِ قولِه : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ » . وهذا يُقَدَّمُ على دليلِ الخِطابِ ،

الإنصاف

جماعَةٌ مِنَ الأصحابِ . وعنه ، لها أنْ تأْمُرَ رجُلًا يُزَوِّجُها . وعنه ، لها تزْوِيجُ أَمَتِها ومُعْتَقَتِها . وهذه الرِّوايَةُ لم يُثْبِتْها القاضى ، ومنَعَها . وذكَر الزَّرْكَشِىُّ لَفْظَ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى ذلك ، ثم قال : وفى أَخْذِ رِوايَةٍ مِن هذا نظَرٌ ، لكِنَّ عامَّةَ المُتأَخِّرِين على إثْباتِها .

قوله : فيُخَرَّجُ منه صِحَّةُ تَزْوِيجِ نَفْسِها بإذْنِ وَلِيِّها ، وتَزْوِيجِ غيرِها بالوَكالَةِ . يعْنِى ، على رِوايَةِ أنَّ لها تَزْوِيجَ أَمَتِها ومُعْتَقَتِها . وخرَّجه أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والمَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهم . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه

---

(١) فى م : « اعتبارها » .

(٢ - ٢) بعده فى الأصل : « الشافعى و » .

(٣) فى الأصل : « ولأن المراد » .

الشرح الكبير

والتَّخْصِيصُ هٰهُنا خَرَجَ مَخْرَجَ الغالِبِ ، فإنَّ الغالِبَ أنَّها لا تُزَوِّجُ نَفْسَها إلَّا بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، والعِلَّةُ فى مَنْعِها صِيانَتُها عن مُباشَرَةِ ما يُشْعِرُ بوَقاحَتِها ورُعُونَتِها[1] ومَيْلِها إلى الرِّجالِ ، وذلك يُنافِى حالَ أهلِ[2] الصِّيانَةِ والمُرُوءَةِ .

الإنصاف

اللهُ : هذا التَّخْريجُ غَلَطٌ . قال الزَّرْكَشِىُّ ، وصاحبُ « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » عن هذا التخريجِ : ليسَ بشئٍ . وفرَّق القاضى وعامَّةُ الأصحابِ - على رِوايَةِ تَزْوِيجِ أَمَتِها ومُعْتَقَتِها - بينَ تَزْوِيجِ أَمَتِها ، وتَزْوِيجِ نَفْسِها وغيرِها ؛ بأنَّ التَّزْوِيجَ على المِلْكِ لا يحْتاجُ إلى أهْلِيَّةِ الوِلايَةِ ، بدَليلِ تَزْوِيجِ الفاسِقِ مَمْلُوكَتَه .

تنبيه : فعلى المذهبِ ، يُزَوِّجُ أَمَتَها بإذْنِها مَن يُزَوِّجُها . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُزَوِّجُها أىُّ رَجُلٍ أذِنَتْ له . [3]هذا إذا كانتْ رَشِيدَةً ، فأمَّا المَحْجورُ عليها ، فيُزَوِّجُ أَمَتَها وَلِيُّها فى مالِها خاصَّةً . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرُهم ، وقطَعُوا به[3] . وعلى المذهبِ ، إذا زوَّجَها وَلِيُّها بإذْنِها فلا بُدَّ مِن نُطْقِها بالإذْنِ ؛ ثَيِّبًا كانتْ أو بِكْرًا . وعلى المذهبِ أيضًا ، لو زُوِّجَتْ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، فهو نِكاحُ الفُضُولِىِّ ، وفيه طَرِيقان ؛ أحدُهما ، فيه الخِلافُ الذى فى تَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ ، على ما تقدَّم فى كِتابِ البَيْعِ . وتقدَّم أنَّ الصَّحيحَ مِن المذهبِ البُطْلانُ . وهذه طَرِيقةُ القاضى والأكْثَرِين . وهى الصَّحيحَةُ مِن المذهبِ . والطَّريقُ الثَّانى ، القَطْعُ ببُطْلانِه . وهى

(1) فى الأصل : « عورتها » .
(2) سقط من : الأصل .
(3 - 3) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : فإن حَكَمَ بصِحَّةِ هذا العَقْدِ حاكِمٌ ، أو كان المُتَوَلِّى لعَقْدِه حاكِمًا ، لم يَجُزْ نَقْضُه ، وكذلك سائِرُ الأنْكِحَةِ الفاسدةِ . وخَرَّجَ القاضى وَجْهًا فى هذا خاصَّةً أنَّه يُنْقَضُ . وهو قولُ الإصْطَخْرِىِّ مِن أصحابِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه خالَفَ نَصًّا . والأوَّلُ أوْلَى ؛ لأنَّها مَسألةٌ مُخْتَلَفٌ فيها ، ويَسُوغُ فيها الاجْتِهادُ ، فلم يَجُزْ نَقْضُ الحُكْمِ به ، كما لو حَكَمَ بالشُّفْعَةِ للجارِ ، وهذا النَّصُّ مُتَأَوَّلٌ ، وفى صِحَّتِه كلامٌ ، وقد عارَضَتْه ظواهِرُ .

الإنصاف

طريقةُ أبِى بَكْرٍ ، وابنِ أبِى مُوسى . ونصَّ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، على التَّفْريقِ بينَ البَيْعِ والنِّكاحِ ، فى رِوايَةِ ابنِ القاسِمِ . فعلى القَوْلِ بفَسادِ النِّكاحِ ، وهو المذهبُ ، لا يحِلُّ الوَطْءُ فيه وعليه فِراقُها ، فإنْ أبَى ، فسَخَه الحاكِمُ ، فإنْ وَطِئَ ، فلا حَدَّ عليه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، ونَصَراه . وعنه ، عليه الحَدُّ . وحُكِىَ عن ابنِ حامِدٍ . وأطْلَقهما فى « الفائقِ » .

فائدة : لو حكَم بصِحَّتِه حاكِمٌ ، لم يُنْقَضْ . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وصحَّحه المَجْدُ فى « شَرْحِه » . وقيل : يُنْقَضُ . خرَّجه القاضى . وهو قولُ الإصْطَخْرِىِّ مِن الشَّافِعِيَّةِ . وأطْلَقهما فى « الفائقِ » ، و « الفروعِ » ، فقال : وهل ثبَت بنَصٍّ فيَنْتَقِضَ حُكْمُ مَن حكَم بصِحَّتِه ؟ فيه وَجْهان . وفى « الوَسيلَةِ » رِوايَتان .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، فى قوْلِه : وعنه ، لها تَزْويجُ أَمَتِها ومُعْتَقَتِها . أنَّ المُعْتَقَةَ كالأَمَةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ .

المقنع

وَأَحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ الْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَبُوهَا ،...................

الشرح الكبير

٣١٠١ – مسألة : (وأحَقُّ النَّاسِ بِنِكَاحِ المرأةِ الحُرَّةِ أبُوها) إنَّما قَيَّدَ المرأةَ بالحرِّيَّةِ[١] ؛ لأنَّ الأمَةَ لا وِلايَةَ لأبِيها عليها ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْناه. وأَوْلَى النَّاسِ بتَزْوِيجِها أبُوها؛ لأنَّه[٢] لا وِلايَةَ لأحَدٍ معه. وبهذا قال

الإنصاف

قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو أصحُّ . واخْتارَه ابنُ أبِى الحَجَرِ[٣] مِن أصحابِنا ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . وعنه ، لا تَلِى نِكاحَ المُعْتَقَةِ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . فعلى الأُولَى ، إنْ طَلَبَتْ وأذِنَتْ ، زوَّجَتْها ، فلو عضَلَتْ ، زَوَّجَ وَلِيُّها . لكِنْ فى إذْنِ السُّلْطانِ وَجْهان فى « التَّرْغِيبِ » . واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ [١٣/٣و] : قاعِدَةُ المذهبِ تَقْتَضِى عدَمَ إذْنِه . وعلى الثَّانيةِ ، يُزَوِّجُها بدونِ إذْنِها أقْرَبُ عَصَبَتِها ، ثم السُّلْطانُ ، ويُجْبِرُها مَن يُجْبِرُ سيِّدَتَها . قلتُ : الأَوْلَى ، على هذه الرِّوايَةِ ، أن لا تُجْبَرَ المُعْتَقَةُ الكَبِيرَةُ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : المُعْتَقَةُ فى المَرَضِ ، هل يُزَوِّجُها قَرِيبُها ؟ فيه وَجْهان . قال الزَّرْكَشِىُّ : وقيل : يَمْلِكُ إجْبارَها مَنْ يَمْلِكُ إجْبارَ سيِّدَتِها التى أعْتَقَتْها . قال : وهو بعيدٌ . وهو كما قال فى الكَبِيرَةِ . [٤]وظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » و « الشَّرْحِ » ، أنَّه ليس له وِلايَةُ إجْبارٍ فى تَزْوِيجِ المُعْتَقَةِ مُطْلَقًا[٤] .

قوله : وأحَقُّ النَّاسِ بِنِكاحِ المَرْأةِ الحُرَّةِ أبُوها ، ثم أبُوه وإنْ عَلا ، ثم ابنُها ،

(١) فى م : « بالحرة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) هو حامد بن محمود بن حامد ، أبو الفضل الحرانى ، المعروف بابن أبى الحَجَر ، كان شيخ حران وخطيبها ، توفى سنة سبعين وخمسمائة . ذيل طبقات الحنابلة ١/٣٣٢ .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الشافعيُّ . وهو المَشْهُورُ عن أبى حنيفةَ . وقال مالكٌ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأبو يوسفَ ، وإسْحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ : الابْنُ أَوْلَى . وهى رِوايَةٌ عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه أوْلَى منه بالمِيراثِ ، وأقْوَى تَعْصِيبًا ؛ لأنه يُسْقِطُ تَعْصِيبَ جَدِّه . ولَنا ، أنَّ الوَلَدَ مَوْهُوبٌ لأبيه ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَوَهَبْنَا لَهُۥ يَحْيَىٰ ﴾[1] . وقال زَكَرِيَّا : ﴿ رَبِّ هَبْ لِى مِن لَّدُنكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ﴾[2] . وقال إبراهيمُ : ﴿ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى وَهَبَ لِى عَلَى ٱلْكِبَرِ إِسْمَـٰعِيلَ وَإِسْحَـٰقَ ﴾[3] . وقال النبىُّ ﷺ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »[4] . وإثْباتُ وِلايَةِ المَوْهُوبِ له[5] على الهِبَةِ أَوْلَى مِن العَكْسِ ، ولأنَّ الأبَ أكْمَلُ نَظَرًا ، وأشَدُّ شَفَقَةً ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه فى الوِلايَةِ ، كتَقْدِيمِه على الجَدِّ ، ولأنَّ الأبَ يَقُومُ على وَلَدِه فى صِغَرِه وسَفَهِه وجُنُونِه ، فَيَلِيه فى سائِرِ ما تَثْبُتُ الوِلايَةُ عليه فيه ، بخِلافِ الابْنِ ، ولذلك اخْتَصَّ بوِلايةِ المالِ ، وجازَ له أن يَشْتَرِىَ لها مِن مالِه ، وله مِن مالِها ، إذا كانت صغيرةً ، بخِلافِ غيرِه ، ولأنَّ الوِلايَةَ احْتِكامٌ ، وإحْكامُ الأصْلِ على فَرْعِه أَوْلَى مِن العَكْسِ ، وفارَقَ المِيراثَ ، فإنَّه لا يُعْتَبَرُ له النَّظَرُ ، ولهذا يَرِثُ الصَّبِىُّ والمَجْنُونُ ، وليس فيه احْتِكامٌ ولا وِلايةٌ على المَوْرُوثِ ، بخِلافِ ما نحنُ فيه .

الإنصاف

ثم ابنُه وإنْ سَفَلَ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُقَدَّمُ الابنُ وابنُه على

(١) سورة الأنبياء ٩٠ .
(٢) سورة آل عمران ٣٨ .
(٣) سورة إبراهيم ٣٩ .
(٤) تقدم تخريجه فى ٧/٩٤ ، ١٧/١٠٦ .
(٥) سقط من : الأصل .

المقنع

ثُمَّ أَبُوهُ وَإِنْ عَلَا ، ....

الشرح الكبير

٣١٠٢ – مسألة : (ثم أبوه وإن عَلَا) يَعْنِي أنَّ الجَدَّ أبَا الأبِ ، وإن عَلَتْ دَرَجَتُه ، أحَقُّ بالوِلايَةِ مِن الابْنِ وسائِرِ الأوْلِياءِ . وهو قولُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ رِوايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ الابْنَ مُقَدَّمٌ على الجَدِّ . وهو قولُ مالكٍ ومَن وافَقَه ؛ [٦/٩٦و] لما تَقَدَّمَ . وعن أحمدَ رِوايةٌ ثالثةٌ ، أنَّ الأخَ مُقَدَّمٌ على الجَدِّ ؛ لأنَّ الجَدَّ يُدْلِى بأُبُوَّةِ الأبِ ، والأخَ يُدْلِى بالبُنُوَّةِ ، والبُنُوَّةُ مُقَدَّمَةٌ . وعنه رِوايةٌ رابعةٌ ، أنَّ الأخَ والجَدَّ سَواءٌ ؛ لاسْتِوائِهما فى المِيراثِ بالتَّعْصِيبِ ، واسْتِواؤُهما فى القَرابَةِ يُوجِبُ اسْتِواءَهما فى الوِلَايَةِ ، كالأخَوَيْن ، ولأنَّهما عَصَبَتانِ لا يُسْقِطُ أحَدُهما الآخَرَ ، فاسْتَوَيا فى الوِلايةِ ، كالأخَوَيْن . ولَنا ، أنَّ الجَدَّ له إيلادٌ وتَعْصِيبٌ ، فيُقَدَّمُ عليهما ، كالأبِ ، ولأنَّ الابْنَ والأخَ يُقادان بها ، والأخَ يُقْطَعُ بسَرِقَةِ مالِها ، بخِلافِ الجَدِّ ، والجَدُّ لا يَسْقُطُ فى المِيراثِ إلَّا بالأبِ ، والأخُ يَسْقُطُ به وبالابْنِ وابْنِه ، وإذا ضاقَ المالُ وفى المسألةِ جَدٌّ وأخٌ ، سَقَط الأخُ وحدَه ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه عليهما ، كالأبِ ، وكتَقْدِيمِه على العَمِّ وسائِرِ العَصَباتِ . إذا ثَبَت هذا ، فالجَدُّ وإن عَلَا أوْلَى مِن جميعِ العَصَباتِ غيرَ الأبِ ، وأوْلَى الأجْدادِ أقْرَبُهم ، كالجَدِّ مع الأبِ .

الإنصاف

الأبِ والجَدِّ . ذكَرَه ابنُ المَنِّىِّ فى « تَعْلِيقِه » . وأخَذَه أبو الخَطَّاب فى « انْتِصارِه » مِن قوْلِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ : العَصَبَةُ فيه مَن أحْرَزَ المالَ . وخرَّجه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، مِن رِوايَةِ تقْديمِ الأخِ على الجَدِّ ؛ لاشْتِراكِهما فى المَعْنَى . وعنه ، يُقَدَّمُ الابنُ على الجَدِّ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ،

المقنع ثُمَّ ابْنُهَا ، ثُمَّ ابْنُهُ وَإِنْ نَزَلَ ، ....

الشرح الكبير ٣١٠٣ – مسألة : (ثم ابْنُها ، ثم ابْنُه وإن سَفَل) متى عُدِمَ الأبُ وآباؤُه ، فأوْلَى النَّاسِ بتَزْويجِ المرأةِ ابْنُها ، ثم ابْنُه بعدَه وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُه ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ منهم . وبه قال أصحابُ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : لا وِلايةَ للابْنِ إلَّا أن يكونَ ابْنَ عَمٍّ أو مَوْلًى أو حاكِمًا ، فيَلِى بذلك لا بالبُنُوَّةِ ؛ لأنَّه ليس بمُنَاسِبٍ لها ، فلا يَلِى نِكاحَها كخالِها[1] ، ولأنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ مِن تَزْوِيجِها ، فلا يَنْظُرُ لها . ولَنا ، ما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أنَّها لمَّا انْقَضَتْ عِدَّتُها ، أرْسَلَ إليها رسولُ اللهِ ﷺ يَخْطُبُها فقالتْ : يا رسولَ اللهِ ، ليس أحَدٌ مِن أوْلِيَائِي شاهِدًا . قال : « لَيْسَ مِنْ أَوْلِيَائِكِ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذٰلِكَ » . فقالتْ : قُمْ يا عُمَرُ[2] فزَوِّجْ رسولَ اللهِ ﷺ . فزَوَّجَه . رَواه النَّسائِيُّ[3] . قال الأثْرَمُ : قُلْتُ لأبى عبدِ اللهِ : فحديثُ عُمَرَ بنِ أبى سَلَمَةَ حينَ زَوَّجَ النبيَّ ﷺ أمَّه أُمَّ سَلَمَةَ ، أليس كان صغيرًا ؟ قال : ومَن يقولُ كان صغيرًا ، ليس فيه بَيانٌ . [4]ولأنَّه[4] عَدْلٌ مِن عَصَباتِها ، فيَثْبُتُ له وِلايَةُ

الإنصاف والشِّيرازِيُّ . قال فى « الفُروعِ » : وعنه ، عليها تقديمُ الأخِ على الجَدِّ . وعنه ، سَواءٌ . وذكَر الزَّرْكَشِيُّ رِوايَةً ثالثةً بتَقْديمِ الجَدِّ على الأخِ ، على هذه الرِّوايَةِ ، وأطْلَقَهُنَّ . وخرَّجَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وَجْهًا بتَساوِى الأبِ والابنِ ، والجَدِّ وابنِ الابنِ . وخرَّجه بعضُهم مِن رِوايَةِ اسْتِواءِ الأخِ والجَدِّ .

---

(١) فى م : « لخالها » .

(٢) عمر : ابنها .

(٣) فى : باب إنكاح الابن أمه ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٦٦ ، ٦٧ .

(٤ – ٤) سقط من : م .

المقنع

ثُمَّ أَخُوهَا لِأَبَوَيْهَا ، ثُمَّ لِأَبِيهَا .

الشرح الكبير

تَزْوِيجِها ، كأخِيها . وقولُهم : ليس بمُناسِبٍ لها . مَمْنوعٌ ، وإن سُلِّمَ فهو يَبْطُلُ بالحاكِمِ [1] والمَوْلَى . وقولُهم : إنَّ طَبْعَه يَنْفِرُ مِن تَزْوِيجِها . قُلْنا : هذا مُعارِضٌ فى الفَرْعِ ليس له أصْلٌ ، ثم يَبْطُلُ بما إذا كان ابْنَ عَمٍّ أو مَوْلًى أو حاكِمًا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنه يُقَدَّمُ على الأخِ ومَن بعدَه ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه عندَ مَن يقولُ بوِلايَتِه ؛ لأنَّه أقْوَى منه تَعْصِيبًا ، وقد اسْتَوَيَا فى عَدَمِ الإِيلادِ .

٣١٠٤ – مسألة : (ثُم أخوها لأبَوَيْها ، ثم لأبيها) لا خِلافَ فى تَقْديمِ الأخِ بعدَ عَمُودَىِ النَّسَبِ ؛ لكَوْنِه أقْرَبَ العَصَباتِ بعدَهم ، فإنَّه ابْنُ الأبِ ، وأقْواهم تَعْصِيبًا ، وأحَقُّهم بالمِيرَاثِ . واخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى الأخِ [2]للأبَوَيْن والأخِ[2] للأبِ إذا اجْتَمَعَا ، فعنه ، أنَّهما سَواءٌ . اخْتارَها الخِرَقِىُّ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، والشافعىُّ فى القديمِ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيَا فى الإِدْلاءِ بالجِهَةِ التى تُسْتَفادُ بها العُصُوبَةُ ، وهى جِهَةُ الأبِ ، فاسْتَوَيا فى [٦/٩٦ظ] الوِلايَةِ ، كما لو كانا مِن أبٍ ، وإنَّما رُجِّحَ الآخَرُ[3] فى المِيراثِ بجِهَةِ الأُمِّ ، ولا مَدْخَلَ لها فى الوِلايَةِ ، فلم يُرَجَّحْ بها ، كالعَمَّيْن أحدُهما خالٌ ، وابْنَىْ عَمٍّ أحَدُهما أخٌ مِن أُمٍّ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، الأخُ مِن الأبَوَيْن أَوْلَى . اخْتارَها أبو بكرٍ . وهذا قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ،

الإنصاف

قوله : ثم أخُوها لأبَوَيها ، ثم لأبيها . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ عندَ

(١) فى الأصل : « بالحكم » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

المقنع

وَعَنْهُ تَقْدِيمُ الِابْنِ عَلَى الْجَدِّ ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأَخِ ، وَبَيْنَ الْأَخِ لِلْأَبَوَيْنِ وَالْأَخِ لِلْأَبِ .

الشرح الكبير

والشافعىِّ . وهو الصَّحِيحُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ لأنَّه حَقٌّ يُسْتَفادُ بالتَّعْصِيبِ ، فيُقَدَّمُ فيه الأخُ مِن الأبوَيْن ، كالمِيراثِ ، وكاسْتِحْقاقِ المِيراثِ بالوَلاءِ ، فإنَّه لا مَدْخَلَ للنِّساءِ فيه ، وقد قُدِّمَ الأخُ للأبَوَيْن فيه . وبهذا يَبْطُلُ ما ذُكِرَ للرِّوايةِ[1] الأُولَى . وهكذا الخِلافُ فى بَنِى الإِخْوَةِ والأعْمامِ وبَنِيهم . وأمَّا إذا كان ابْنَا عَمٍّ لأبٍ أحَدُهما أخٌ لأُمٍّ ، فهما سَواءٌ ؛ لأنَّهما اسْتَوَيا فى التَّعْصِيبِ والإِرْثِ به . وقال القاضى : فيهما مِن الخِلافِ مثلُ ما فى ابْنِ عَمٍّ مِن أبوَيْنِ وابنِ عَمٍّ مِن أبٍ ؛ لأنَّه يُرَجَّحُ بجهةِ[2] أُمِّه . وليس كذلك ؛ لأنَّ جِهَةَ أُمِّه يَرِثُ بها مُنْفَرِدَةً ، وما وَرِث بها مُنْفَرِدًا لم يُرَجَّحْ به ، ولذلك[3] لم يُرَجَّحْ به فى المِيراثِ بالوَلاءِ ولا فى غيرِه . فعلى هذا ، إذا اجْتَمَعَ ابنُ عمٍّ مِن أبوَين وابْنُ عمٍّ مِن أبٍ هو أخٌ مِن أمٍّ ، فالولايَةُ لابنِ العَمِّ مِن الأبوَيْن عندَ مَن يَرَى تَقْدِيمَ وَلَدِ الأبوَيْن .

٣١٠٥ - مسألة : (وعنه تَقْدِيمُ الابنِ على الجَدِّ ، والتَّسْوِيَةُ بينَ الجَدِّ والإِخْوَةِ ، وبينَ الأخِ للأبَوَيْن والأخِ للأبِ) وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف

المُتأخِّرين . اخْتارَه جماعَةٌ ؛ منهم أبو بَكْرٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ،

---

(١) فى م : « فى الرواية » .

(٢) فى م : « من جهة » .

(٣) فى م : « كذلك » .

المقنع

ثُمَّ بَنُو الْإِخْوَةِ وَإِنْ سَفَلُوا ، ثُمَّ الْعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ .

الشرح الكبير

٣١٠٦ – مسألة : (ثم بَنُو الإخْوَةِ وإن سَفَلُوا ، ثم العَمُّ ، ثم ابْنُه ، ثُم الأَقْرَبُ فالأقْرَبُ مِن العَصَباتِ ، على تَرْتِيبِ المِيراثِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ الوِلايَةَ بعدَ الإخْوَةِ تَتَرَتَّبُ على تَرْتِيبِ المِيراثِ بالتَّعْصِيبِ ، فأَحَقُّهم بالمِيراثِ أحَقُّهم بالوِلايَةِ ، فبعدَ الإخْوَةِ بَنُوهم وإن سَفَلُوا ، ثم بَنُو الجَدِّ وهم الأعمامُ[1] ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا ، [2][ثم بنو جَدِّ الأبِ وهم أعمَامُ الأبِ ، ثم بَنُوهم وإن سَفَلُوا][2] ، [3]ثم بَنُو جَدِّ الجَدِّ ، ثم بَنُوهم[3] ، وعلى هذا ، لا يَلِى بَنُو أبٍ أعْلَى مع[4] بَنِى أبٍ أقْرَبَ منه وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهم ، وأوْلَى وَلَدِ كُلِّ أبٍ أقْرَبُهم إليه ؛ لأنَّ مَبْنَى الوِلايَةِ على النَّظَرِ والشَّفَقَةِ ، وذلك مُعْتَبَرٌ بمَظِنَّتِه ، وهى القَرابَةُ ، فأقْرَبُهم أشْفَقُهم . ولا نَعْلَمُ فى هذا خِلافًا بينَ أهلِ العلمِ .

الإنصاف

و « الرِّعايَتَيْن » ، وَ « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وعنه ، هما سَواءٌ . وهو المذهبُ عندَ المُتَقدِّمِين . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه الأكثرُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المذهبُ عندَ الجُمْهورِ ؛ الخِرَقِىُّ ، وابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى ، والشَّريفُ ، وأبُو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا ، وغيرُهم .

---

(١) فى م : « أعمام الأب » .
(٢ – ٢) تكملة من المغنى ٣٥٩/٩ .
(٣ – ٣) سقط من : الأصل .
(٤) فى النسختين : « من » والمثبت من المغنى ٣٥٩/٩ .

المقنع ثُمَّ الْمَوْلَى الْمُنْعِمُ ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ مِنْ بَعْدِهِ ، الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، ثُمَّ

الشرح الكبير **فصل** : ولا وِلايةَ لغيرِ العَصَباتِ مِن الأقارِبِ ؛ كالأخِ مِن الأمِّ ، والخالِ ، وعَمِّ الأُمِّ ، وأبى الأُمِّ ، ونحوِهم . نَصَّ عليه الإمامُ أحمدُ فى مَواضِعَ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وإحْدَى الرِّوايَتَيْن عن أبى حنيفةَ . والثانيةُ ، أنَّ كلَّ مَن يَرِثُ بفَرْضٍ أو تَعْصِيبٍ يَلِى ؛ لأنَّه يَرِثُها ، فوَلِيَها كعَصَباتِها . ولَنا ، ما رُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه إذا بَلَغَ النِّساءُ نصَّ الْحَقائقِ ، فالعَصَبَةُ أَوْلَى . يَعْنِى إذا أدْرَكْنَ . رَواه أبو عُبَيْدٍ فى « الغريبِ »[1] . ولأنَّه ليس مِن عَصَباتِها ، أشْبَهَ الأجْنَبِىَّ .

٣١٠٧ – مسألة : (ثم المَوْلَى المُنْعِمُ ، ثم عَصَباتُه مِن بعدِه ،

الإنصاف وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » . وهو منها .

فائدتان ؛ إحْداهما ، وكذا الحُكْمُ فى أوْلادِ الإخْوَةِ مِن الأبوَيْن والأبِ ، والأعْمامِ مِنَ الأبوَيْن والأبِ ، وأوْلادِهم ، وهَلُمَّ جرًّا . الثَّانيةُ ، لو كانا ابْنَىْ عَمٍّ ، أحدُهما أخٌ لأُمٍّ ، فحُكْمُهما حُكْمُ الأخِ مِن الأبوَيْن والأخِ مِن الأبِ ، على ما تقدَّم عندَ القاضى ، وجماعةٍ مِن الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هما سواءٌ ، ولا مَزِيَّةَ للإخْوَةِ مِن الأُمِّ ؛ لانْفِرادِها بالإرْثِ . وزادَ قَوْلَ القاضى . وهو كما قالا .

قوله : ثم المَوْلَى المُنْعِمُ ، ثم عَصَباتُه ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ . هذا المذهبُ ، وعليه

---

(١) غريب الحديث ٣/٤٥٦ ، ٤٥٧ .

وأصل النص : منتهى الأشياء ومبلغ أقصاها . والحقاق ، هو المحاقة ، أن تحاقّ الأم العصبة فيهن ، فتقول : أنا أحق . ويقولون : نحن أحق .

المقنع

السُّلْطَانُ .

الشرح الكبير

الأقْرَبُ فالأقْرَبُ ، ثم السُّلْطانُ) إذا لم يَكُنْ للمرأةِ عَصَبَةٌ مِن نَسَبِها ، فوَلِيُّها مَولاها يُزَوِّجُها ، ولا نَعْلَمُ خِلافًا فى أنَّ العَصَبَةَ المُناسِبَةَ أَوْلَى منه ؛ وذلك لأنَّه عَصَبَةُ مَوْلاتِه ، يَرِثُها ويَعْقِلُ عنها عندَ عَدَمِ عَصَباتِها ، فكذلك يُزَوِّجُها ، وقُدِّمَ عليه المُناسِبُونَ كما [٩٧/٦و] قُدِّموا عليه فى الإرْثِ والعَقْلِ . فإن عُدِمَ المَوْلَى أو لم يَكُنْ مِن أهلِ الولايةِ ، كالمرأةِ والطِّفْلِ والكافرِ ، فعَصباتُه الأقْرَبُ منهم فالأقْرَبُ ، على تَرْتيبِ المِيراثِ ، ثم مَوْلَى المَوْلَى ، ثم عَصَباتُه مِن بعدِه ، كالمِيراثِ سَواءً . فإنِ اجْتَمَعَ ابنُ المُعْتِقِ وأبُوه ، فالابْنُ أوْلَى ؛ لأنَّه أحَقُّ بالميراثِ وأقْوَى (١)فى التَّعْصِيبِ(١) ، وإنَّما قُدِّمَ الأبُ المُناسِبُ على الابنِ المُناسِبِ ؛ لزِيادَةِ شَفَقَتِه وفَضِيلَةِ وِلادَتِه ، وهذا مَعْدُومٌ فى أبى المُعْتِقِ ، فرُجِعَ فيه إلى الأصْلِ . (ثم السُّلْطانُ) لا نعلمُ خِلافًا بينَ أهلِ العلمِ فى أنَّ للسُّلْطانِ وِلايةَ تَزْويجِ المرأةِ عندَ عَدَمِ

الإنصاف

جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيز » وغيره . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يُقَدَّمُ أبو المُعْتَقةِ على ابْنِها (٢)فى تَزْويجِ أَمَتِها وعَتِيقَتِها . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ(٢) .

قوله : ثم السُّلْطانُ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، مَن أسْلَمَتْ على يَدِ إنْسانٍ ، فهو أحَقُّ بتَزْويجِها مِن السُّلْطانِ .

(١ - ١) فى م : « بالتعصيب » .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

أَوْلِيائِهَا أو عَضْلِهِم . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسْحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . والأصْلُ فيه قولُ النبيِّ ﷺ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »[1] . ورَوَى أبو داودَ[2] بإسْنادِه عن أُمِّ حَبِيبَةَ ، أنَّ النَّجاشِيَّ زَوَّجَها رسولَ اللهِ ﷺ ، وكانت عندَه . ولأنَّ للسُّلْطانِ وِلايةً عامَّةً ، بدليلِ أنَّه يَلِي المالَ ويَحْفَظُ الضَّوالَّ ، فكانت له الوِلايةُ في النِّكاحِ كالأبِ .

فصل : والسُّلطانُ هٰهُنا هو الإمامُ ، أو الحاكِمُ ، أو مَن فَوَّضَا[3] إليه ذلك . واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ في والِي البَلَدِ ، فقال في مَوْضِعٍ : يُزَوِّجُ وَالِي البلدِ . وقال في الرُّسْتَاقِ[4] يكونُ فيه الوالِي وليس فيه قاضٍ ، قال : يُزَوِّجُ إذا احْتاطَ لها في المَهْرِ والكُفْءِ ، أرجو أن لا يكونَ به بَأْسٌ ؛ لأنَّه ذو سلطانٍ ، فيَدْخُلُ في عُمومِ الحديثِ . وقال في موضعٍ آخَرَ ، في المرأةِ إذا لم يَكُنْ لها وَلِيٌّ : فالسلطانُ المُسَلَّطُ على الشيءِ[5] ؛ القاضِي

الإنصاف

فوائد ؛ منها ، السُّلْطانُ هنا ؛ هو الإمامُ أو الحاكِمُ ، أو مَن فُوِّضَ إليه . ذكَرَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِيُّ ، وغيرُهم . وإذا اسْتَوْلَى أهْلُ البَغْيِ على بَلَدٍ ، جرَى حُكْمُ سُلْطانِهم وقاضِيهم في ذلك مَجْرَى الإمامِ وقاضِيه . قالَه المُصَنِّفُ ،

---

(١) تقدم تخريجه في ١٦/٣١١ ، ٣١٢ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٣/٤٤٦ .

(٣) في الأصل : « فوضنا » .

(٤) الرستاق : السواد والقرى .

(٥) سقط من : م .

الشرح الكبير

يَقْضِى فى الفُرُوجِ والحُدُودِ والرَّجْمِ ، وصاحِبُ الشُّرْطَةِ إنَّما هو مُسَلَّطٌ فى الأدَبِ والجِنَايَةِ[1] . وقال : ما للوالِى وذَا ! إنَّما هو إلى القاضى . وتَأَوَّلَ القاضى الرِّوايَةَ الأُولَى على أنَّ الوالِىَ أذِنَ له فى التَّزْوِيجِ . ويَحْتَمِلُ أنَّه جَعَلَ له ذلك إذا لم يَكُنْ فى مَوْضِعٍ وِلايَتِه قاضٍ ، فكأنَّه قد فَوَّضَ إليه النَّظَرَ فيما يَحْتاجُ إليه فى وِلايَتِه ، وهذا منها .

فصل : إذا اسْتَوْلَى أهلُ البَغْىِ على بَلَدٍ ، جَرَى حُكْمُ سُلْطانِهم وقَاضِيهم فى ذلك مَجْرَى الإمامِ وقاضِيه ؛ لأنَّه أُجْرِىَ مُجْراه فى قَبْضِ الصَّدَقاتِ و[2] الجِزْيَةِ والخَراجِ ، فكذلك فى هذا .

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ فى المرأةِ تُسْلِمُ على يَدِ رجلٍ ، فقال فى مَوْضِعٍ : لا يكونُ وَلِيًّا لها ، ولا يُزَوِّجُ حتى يَأْتِىَ السُّلطانَ ؛ لأنَّه ليس مِن عَصَبَتِها ، ولا يَعْقِلُ عنها ، ولا يَرِثُها ، فأشْبَهَ الأجنبىَّ . وقال فى روايةِ حَرْبٍ ، فى امرأةٍ أسْلَمَتْ على يَدِ رَجُلٍ : يُزَوِّجُها هو . وهو قولُ إسْحاقَ . ورُوِىَ عن ابنِ سِيرِينَ أنَّه لا يَفْعَلُ[3] ذلك حتى يَأْتِىَ السُّلطانَ . وعن الحسنِ أنَّه كان لا يَرَى بَأْسًا فى أن يُزَوِّجَها نَفْسَه ؛ وذلك لِما رَوَى أبو

الإنصاف

والشَّارِحُ ، وغيرُهما . ومنها ، قال الزَّرْكَشِىُّ : المَشْهورُ أنَّه لا يُزَوِّجُ والِى البَلَدِ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وعنه ، يُزَوِّجُ عندَ عدَمِ القاضى . لكن القاضى أبو يَعْلَى حمَل هذه الرِّوايَةَ على أنَّه أُذِنَ له فى التَّزْوِيجِ ، والشَّيْخُ تَقِىُّ

---

(١) فى : المغنى ٣٦١/٩ : « الجباية » .

(٢) فى م : « فى » .

(٣) فى الأصل : « يعقل » .

الشرح الكبير

داودَ[1] بإسْنادِه عن تَمِيمٍ الدَّارِىِّ ، أنَّه قال : يا رسولَ اللهِ ، ما السُّنَّةُ فى الرَّجُلِ يُسْلِمُ على يَدِ الرَّجُلِ مِن المسلمينَ ؟ قال : « هو أوْلَى النَّاسِ بِمَحْيَاهُ وَمَمَاتِهِ » . إلَّا أنَّ هذا [٦/٩٧ظ] الحديثَ ضَعَّفَه أحمدُ ، وقال : رِوايةُ عبدِ العزيزِ[2] - يعنى ابنَ عمرَ بنِ عبدِ العزيزِ - وليس هو مِن أهْلِ الحِفْظِ والإِتْقانِ .

فصل : فإن لم يُوجَدْ للمرأةِ وَلِىٌّ ولا ذو[3] سلطانٍ ، فعن أحمدَ ما يَدُلُّ على أنَّه يُزَوِّجُها رجلٌ عَدْلٌ بإذْنِها ، فإنَّه قال فى دُهْقانِ[4] قَرْيَةٍ : يُزَوِّجُ مَن لا وَلِىَّ لها إذا احْتاطَ لها فى الكُفْءِ والمَهْرِ ، إذا لم يَكُنْ فى الرُّسْتاقِ قاضٍ . قال ابنُ عَقِيلٍ : أخذ قومٌ مِن أصْحابِنا مِن هذه الرِّوايةِ أنَّ النِّكاحَ لا يَقِفُ على وَلِىٍّ . قال : وقال القاضى : نُصُوصُ أحمدَ تَمْنَعُ مِن ذلك .

الإنصاف

الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، حمَلَها على ظاهِرِها . ومنها ، قال الزَّرْكَشِىُّ أيضًا : إذا لم يكُنْ للمَرْأةِ وَلِىٌّ ، فعنه ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ ، لا بُدَّ مِن الوَلِىِّ مُطْلَقًا . حتى قال القاضى أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ ، فى رَجُلٍ وامْرَأةٍ فى سفرٍ ليس معها وَلِىٌّ ولا شُهودٌ : لا يجوزُ أنْ يَتزوَّجَ بها وإنْ خافَ الزِّنَى بها . قلتُ : وليس بظاهِرٍ مع خوفِ الزِّنَى بها . قلتُ : وليس بظاهِرٍ مع خوفِ الزِّنَى . وعنه ، والِى البَلَدِ أو كَبِيرُه يُزَوِّجُ . [٣/١٣ظ] اخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . قال فى « الفُروعِ » : والصَّحيحُ ما نُقِلَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وغيرِه ، يُزَوِّجُها

---

(١) تقدم تخريجه فى ٩/١٨ .

(٢) فى م : « ابن عبد العزيز » .

(٣) فى الأصل : «دون » .

(٤) الدهقان : زعيم فلاحى العجم .

المقنع

فَأَمَّا الْأَمَةُ ، فَوَلِيُّهَا سَيِّدُهَا ،
فَإِنْ كَانَتْ لِامْرَأَةٍ ، فَوَلِيُّهَا وَلِيُّ سَيِّدَتِهَا ، وَلَا يُزَوِّجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا .

الشرح الكبير

قال شيخُنا[1] : والصَّحيحُ أنَّ هذا[2] القَوْلَ [3]مُخْتَصٌّ بحالِ[3] عَدَمِ الوَلِىِّ والسلطانِ ؛ لأنَّه شَرَط أن لا يكونَ فى الرُّسْتاقِ قاضٍ . [4]ووَجْهُ ذلك[4] أنَّ اشْتِراطَ الوَلِىِّ هٰهُنا يَمْنَعُ النِّكاحَ بالكُلِّيَّةِ ، فلم يَجُزْ ، كاشْتِراطِ المُناسِبِ فى حَقِّ مَن لا مُناسِبَ لها . ورُوِىَ عنه أنَّه لا يَجُوزُ النِّكاحُ إلَّا بوَلِىٍّ ؛ لعُمُومِ الأخْبارِ فيه .

٣١٠٨ – مسألة : (ووَلِىُّ الأمَةِ سَيِّدُها) إذا كان مِن أهْلِ وِلايَةِ التَّزْويجِ . لا نَعْلَمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّه مالِكُها ، وله التَّصَرُّفُ فى رَقَبَتِها بالبَيْعِ ، ففى التَّزْويجِ أوْلَى ، [5]وقد ذَكَرْنا ذلك[5] .

٣١٠٩ – مسألة : (فإن كانت لامرأةٍ ، فَوَلِيُّها وَلِىُّ سَيِّدَتِها ، ولا

الإنصاف

ذو السُّلْطانِ فى ذلك المَكانِ ، كالعَضْلِ ، فإنْ تعذَّرَ ، وَكَّلَتْ . وعنه ، ثم عَدْلٌ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ » .

تنبيه : قوْلُه : فأمَّا الأَمَةُ ، فوَلِيُّها سَيِّدُها . هذا بلا نِزاعٍ ، ولو كان فاسِقًا أو مُكاتَبًا . وتقدَّم أنَّ لسَيِّدِها أنْ يُجْبرَها إلَّا أنْ تكونَ مُكاتَبةً . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ .

قوله : فإنْ كانتْ لامْرَأةٍ ، فوَلِيُّها وَلِىُّ سَيِّدَتِها . هذا مَبْنِىٌّ على الصَّحيحِ مِن

(١) فى : المغنى ٣٦٢/٩ .
(٢) بعده فى م : « من » .
(٣ – ٣) فى م : « بحال » .
(٤ – ٤) فى م : « ووجهه » .
(٥ – ٥) « ولا يزوجها إلا بإذنها » . وانظر ما تقدم فى صفحة ١٢٩ .

الشرح الكبير

يُزَوِّجُهَا إلَّا بإذْنِها) اخْتلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ فى مَن يُزَوِّجُ أمَةَ المرأةِ ، فرُوِىَ عنه أنَّه يَلِى نِكاحَها وَلِىُّ سَيِّدَتِها . قال القاضى : هذا هو الصَّحيحُ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ مُقْتَضَى الدَّليلِ كَوْنُ الوِلايةِ لها ، فامْتَنَعَتْ فى حَقِّها لقُصُورِها ، فتَثْبُتُ لأوْليائِها ، كوِلايةِ نَفْسِها ، ولأنَّهم يَلُونَها لو عَتَقَتْ ، ففى حالِ رِقِّها أوْلَى . فإن كانت سَيِّدَتُها رَشِيدَةً ، لم يَجُزْ تَزْوِيجُ أمَتِها إلَّا بإذْنِها ؛ لأنَّها مالُها ، ولا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فى مالِ رَشِيدٍ بغيرِ إذْنِه ، ويُعْتَبَرُ[1] نُطْقُها بذلك وإن [2]كانت بِكْرًا ؛ لأنَّ صُمَاتَها إنَّما اكْتُفِىَ به فى تَزْوِيجِ نَفْسِها لحيائِها ، ولا تَسْتَحِى مِن تَزْوِيجِ غيرِها ، وإن[2] كانت صغيرةً أو مجنونةً أو سَفِيهةً ، ولوَلِيِّها وِلايةٌ على مالِها ، فله تَزْوِيجُ أمَتِها إن كان الحَظُّ فى تَزْوِيجِها ، [2]وإلَّا لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَها وكذلك الحكمُ فى أمَةِ ابْنِه الصَّغيرِ . وقال بعضُ الشَّافِعِيَّةِ : ليس له تَزْوِيجُها بحالٍ ؛ لأنَّ[2] [3]فيه تَغْرِيرًا بمالِ الصغيرِ ؛ لأنَّها رُبَّما حَمَلَتْ وتَلِفَتْ . ولَنا ، أنَّ له التَّصَرُّفَ بما فيه الحَظُّ ، والتَّزْوِيجُ هٰهُنا[3] فيه الحَظُّ ؛ لأنَّ[4] الكلامَ فيه ، فجازَ ، كسائرِ التَّصَرُّفاتِ الجائِزَةِ ، [5]واحتِمالُ المحظورِ[5] مَرْجُوحٌ بما فيه مِن تَحْصِيلِ مَهْرِها ووَلَدِها وكِفايَةِ

الإنصاف

المذهبِ ، أنَّ المَرْأةَ لاعِبارَةَ لها فى النِّكاحِ . وتقدَّم الخِلافُ فى ذلك قَرِيبًا .

---

(١) فى م : « بغير » .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .
(٣ - ٣) سقط من : م .
(٤) بعده فى الأصل : « له » .
(٥ - ٥) فى م : « وإهمال الحظر » .

الشرح الكبير

مُؤْنَتِها ، وصيانَتِها عن الزِّنَى المُوجِبِ للحَدِّ فى حَقِّها ، ونَقْصِ قِيمَتِها ، والمَرْجُوحُ كالمَعْدُومِ . فإن كان وَلِيُّها فى مالِها غيرَ وَلِىِّ تَزْوِيجِها ، فوِلايَةُ تَزْوِيجِها للوَلِىِّ فى المالِ دُونَ وَلِىِّ التَّزْوِيجِ ؛ لأنَّه المُتَصَرِّفُ فى المالِ ، وهى مالٌ . ورُوِىَ عن أحمدَ رِوايةٌ ثانيةٌ ، أنَّ للمرأةِ أن تُوَلِّىَ أمْرَ أمَتِها رجلًا يُزَوِّجُها . نَقَلَها عن أحمدَ جماعةٌ ؛ لأنَّ سَبَبَ الوِلايةِ المِلْكُ ، وقد تحقَّقَ فى المرأةِ ، وامْتَنَعَتِ المُباشَرَةُ لنَقْصِ الأُنوثِيَّةِ ، فمَلَكَتِ التَّوْكِيلَ ، كالرجلِ المريضِ[1] والغائِبِ . ونُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ رِوايةً ثالثةً ، وهو أنَّ [2]سَيِّدَتَها تُزَوِّجُها[2] ، فإنَّه قِيلَ له : تُزَوِّجُ أَمَتَها ؟ قال : قد قِيلَ ذلك ، هى مالُها . وهذا يَحْتَمِلُ أنَّه ذَهَبَ إليه . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّها [٩٨/٦و] تَمْلِكُها ، ووِلايَتُها تامَّةٌ عليها ، فمَلَكَتْ تَزْوِيجَها ، كالسَّيِّدِ ، ولأنَّها تَمْلِكُ بَيْعَها وإجارَتَها ، فمَلَكَتْ تَزْوِيجَها ، كسَيِّدِها ، ولأنَّ الوِلايةَ إنَّما ثَبَتَتْ على المرأةِ لتَحْصِيلِ الكَفاءَةِ ، صِيانَةً لحَظِّ الأوْلياءِ فى تَحْصِيلِها ، فلا تَثْبُتُ عليها الوِلايَةُ فى أمَتِها ؛ لعَدَمِ اعْتِبارِ الكَفاءَةِ ، وعدمِ الحَقِّ للأوْلياءِ فيها[3] . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ قال هذا حِكايةً لمذهبِ[4] غيرِه ، فإنَّه قال فى سِياقِها : أحَبُّ إلَىَّ أن تأْمُرَ زَوْجَها ؛ لأنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ . وقد رَوَى أبو هُرَيْرَةَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا تُنْكِحُ المَرأةُ

الإنصاف ....

(١) فى م : « والمريض » .

(٢ - ٢) فى النسختين : « سيدها يزوجها » . والمثبت كما فى المغنى ٣٧١/٩ .

(٣) فى الأصل : « فيه » .

(٤) فى الأصل : « كمذهب » .

الشرح الكبير

المَرأَةَ »[١] . وقالتْ عائشةُ : زَوِّجُوا ، فإنَّ النِّساءَ لا يُزَوِّجْنَ ، واعْقِدُوا ، فإنَّ النِّساءَ لا يَعْقِدْنَ[٢] . ولأنَّ المرأةَ لا تَمْلِكُ تَزوِيجَ نَفْسِها ، فغيرُها أَوْلَى .

فصل : ويُزَوِّجُ عَتِيقَتَها[٣] مَن يُزَوِّجُ أمَتَها . ذَكَرَه الخِرَقِيُّ . وفيها رِوَايتان ؛ إحْدَاهما ، لمَوْلاتِها أن تُوكِّلَ رجلًا فى تَزْوِيجها ؛ لأنَّها عَصَبَتُها ، وتَرِثُها ، فأشْبَهَتِ المُعْتِقَ[٤] . والثانية ، يُزَوِّجُها وَلِىُّ سَيِّدَتِها . وهى أصَحُّ ؛ لأنَّ هذه وِلايَةٌ لِنكاحِ حُرَّةٍ[٥] ، والمرأةُ ليست مِن أهلِ ذلك ، فيكونُ إلى عَصَبَتِها ؛ لأنَّهم الذين يَعْقِلُونَ عنها ، ويَرِثُونَها بالتَّعْصِيبِ عندَ عَدَمِ سَيِّدَتِها ، فكانوا أولياءَها ، كما لو تَعَذَّرَ على المُعْتِقِ تَزْوِيجُ عَتِيقَتِه . وقد ذَكَرْنا أنَّه إذا انْقَرَضَ العَصَبَةُ مِن النَّسَبِ ، وَلِىَ المَوْلَى المُعْتِقُ[٤] ثم عَصَباتُه ، الأقْرَبُ فالأقْرَبُ ، كذا هٰهُنا ، إلَّا أنَّ الظَّاهِرَ مِن كلامِ الخِرَقِىِّ هٰهُنا تَقْدِيمُ أبى المُعْتِقَةِ على ابْنِها ؛ لأنَّه أوْلَى بتَزْوِيجِها ، وقد قال[٥] : يُزَوِّجُ مُعْتَقَتَها[٦] مَن يُزَوِّجُ أمَتَها ، ويُزَوِّجُ أمَتَها مَن

الإنصاف ....

(١) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا نكاح إلا بولى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٠٦ . والدارقطنى ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٢٢٧ ، ٢٢٨ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١١٠ . وانظر الإرواء ٦/٢٤٨ ، ٢٤٩ .

(٢) أخرجه بنحوه الشافعى فى مسنده . ترتيب مسند الشافعى ٢/١٣ .

(٣) فى الأصل : « عتيقها » .

(٤) فى الأصل : « العتق » .

(٥) سقط من : م .

(٦) فى الأصل : « معتقها » .

الشرح الكبير

يُزَوِّجُها . وقد ذَكَرْنا أنَّ ابنَ المُعْتِقَةِ أَوْلَى بتَزْوِيجِ عَتِيقَتِها[1] مِن أبيها . ويُعْتَبَرُ فى وِلايَتِه[2] شَرْطان ؛ أحَدُهما ، عَدَمُ العَصَبَةِ مِن النَّسَب ؛ لأنَّ المُناسِبَ أقْرَبُ مِن المُعْتِقِ وأَوْلَى منه . الثانى ، إذْنُ المُزَوَّجَةِ ؛ لأنَّها حُرَّةٌ وليست له وِلايةُ إجْبارٍ ، فإنَّه أبْعَدُ العَصَباتِ . ولا (3)يفْتَقِرُ إلى(3) إذْنِ مَوْلاتِها ؛ لأنَّه لا وِلايةَ لها ولا مِلْكَ ، فأشْبَهَتِ القَرِيبَ الطِّفْلَ إذا زَوَّجَ البعيدُ .

فصل : فإن كان للأمَةِ مَوْلًى ، فهو وَلِيُّها ، وإن كان لها مَوْليان ، اشْتَرَكَا فى الوِلايةِ ، وليس لواحدٍ منهما الاسْتِقْلالُ بها بغيرِ إذْنِ صاحِبِه ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ إلَّا بعضَها ، وإنِ اشْتَجَرَا لم يَكُنْ للسلطانِ وِلايةٌ ؛ لأنَّ تَزْوِيجَها تَصَرُّفٌ فى المالِ ، بخِلافِ الحُرَّةِ ؛ فإنَّ نِكاحَها حَقٌّ لها ، ونَفْعَهُ عائِدٌ إليها ، ونِكاحُ الأمَةِ حَقٌّ لسَيِّدِها ، نَفْعُه عائِدٌ إليه ، فلم يَنُبِ السُّلْطانُ عنه فيه . فإن أعْتَقاهَا ولها عَصَبَةٌ مُناسِبٌ ، فهو أوْلَى منهما ، وإن لم يَكُنْ لها عَصَبَةٌ ، فهُما وَلِيَّاهَا ، ولا يَسْتَقِلُّ أحَدُهما بالتَّزْوِيجِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه على بَعْضِها . فإنِ اشْتَجَرَا ، أقامَ الحاكِمُ مُقامَ المُمْتَنِعِ منهما ؛ لأنَّها صارت حُرَّةً ، وصار نِكاحُها حَقًّا لها . وإن كان المُعْتِقُ أو المُعْتِقَةُ واحدًا ، وله عَصَبَتان ، كالابْنَيْن والأخَوَيْن ، فلأحَدِهما الاسْتِقْلالُ بتَزْوِيجِها ، كما يَمْلِكُ تَزْوِيجَ سَيِّدَتِها .

الإنصاف ....

(1) فى الأصل : « عتيقها » .

(2) فى م : « ولايتها » .

(3 - 3) فى م : « يعتبر » .

المقنع وَيُشْتَرَطُ فِى الْوَلِىِّ الْحُرِّيَّةُ ، وَالذُّكُورِيَّةُ ، وَاتِّفَاقُ الدِّينِ ، وَالْعَقْلُ .

الشرح الكبير

[٦/٩٨ظ] **٣١١٠** – مسألة : (ويُشْتَرَطُ فى الوَلِىِّ الحُرِّيَّةُ ، والذُّكُورِيَّةُ ، واتِّفاقُ الدِّينِ ، والعَقْلُ) وجُمْلَتُه ، أنَّه يُعْتَبَرُ لثُبُوتِ الوِلايةِ سِتَّةُ شُروطٍ ؛ العَقْلُ ، والحُرِّيَّةُ ، والإِسْلامُ إذا كانتِ المرأةُ مُسْلِمَةً ، والذُّكُورِيَّةُ ، والبُلُوغُ ، والعَدالَةُ ، على اخْتِلافٍ نَذْكُرُه . فأمَّا العَقْلُ ، فهو شَرْطٌ بغيرِ خلافٍ ؛ لأنَّ الوِلايةَ إنَّما ثَبَتَتْ نَظَرًا للمُوَلَّى عليه عندَ عَجْزِه عن النَّظَرِ لنَفْسِه ، ومَن لا عَقْلَ له لا يُمْكِنُه النَّظَرُ ، ولا يَلِى نَفْسَه ، فغيْرُه أوْلَى ، وسَواءٌ فى هذا مَن لا عَقْلَ له لصِغَرِه ، أو مَن ذَهَب عَقْلُه بجُنونٍ أو كِبَرٍ ، كالشَّيْخِ إذا أفْنَدَ[1] . قال القاضى : والشَّيْخُ الذى قد كَبِرَ ، فلا يَعْرِفُ مَوْضِعَ الحَظِّ لها ، لا وِلايةَ له. فأمَّا الإِغْماءُ ، فلا يُزِيلُ الوِلايةَ ؛ لأنَّه يَزُولُ عن قَرِيبٍ ، فهو كالنَّوْمِ ، ولذلك[2] لا تَثْبُتُ الوِلايةُ عليه ،

الإنصاف

قوله : ويُشْتَرَطُ فى الوَلِىِّ الحُرِّيَّةُ . هذا المذهبُ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ ، وصالحٍ ، وإسْحاقَ بنِ هانِئٍ . وعليه الأصحابُ . وقال فى « الانْتِصارِ » : ويَحْتَمِلُ أنْ يَلِىَ على ابنَتِه . ثم جوَّزَه بإذْنِ سيِّدِه . وذكَر فى « عُيونِ المَسائلِ » احْتِمالًا بالصِّحَّةِ . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : هل للعَبْدِ وِلايةٌ على قَرابَتِه ؟ فيه رِوايَتان . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : والأظْهَرُ أنَّه يكونُ وَلِيًّا .

قوله : والذُّكُورِيَّةُ . وهو أيضًا مَبْنِىٌّ على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وتقدَّم فى أوَّلِ الفَصْلِ ، هل لها تَزْويجُ نفْسِها أمْ لا ؟

---

(١) أفند : ضعف رأيه من الهرم .

(٢) فى م : « كذلك » .

المقنع

وَهَلْ يُشْتَرَطُ بُلُوغُهُ وَعَدَالَتُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

ويَجُوزُ على الأَنْبِيَاءِ عليهم السلامُ . ومَن كان يُجَنُّ فى الأَحْيَانِ ، لم تَزُلْ وِلايَتُه؛ لأَنَّه لا يَدُومُ زَوالُ عَقْلِه ، فهو كالإِغْماءِ . الشرطُ الثانى ، الحُرِّيَّةُ ، فلا وِلايةَ لعَبْدٍ فى قولِ جماعةِ أهلِ العلمِ ، فإنَّ العَبْدَ لا وِلايةَ له على نَفْسِه ، فعلى غيرِه أَوْلَى . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : يَجُوزُ أن يُزَوِّجَها العَبْدُ بإِذْنِها . بِناءً منهم على أَنَّ المرأةَ تُزَوِّجُ نَفْسَها . وقد مَضَى الكلامُ فى هذه المَسْأَلَةِ . الشَّرْطُ الثالثُ ، الإِسْلامُ ، فلا يَثْبُتُ للكافِرِ وِلايةٌ على مُسْلِمَةٍ . وهو قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عامَّةُ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ على هذا . وفيه وَجْهٌ ، أَنَّ الكافِرَ يُزَوِّجُ أُمَّ وَلَدِه المُسْلِمَةَ . وسوف نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . قال أحمدُ : بَلَغَنا أَنَّ عَلِيًّا أجازَ نِكاحَ أخٍ ، ورَدَّ نِكاحَ الأَبِ وكان نَصْرانِيًّا . الشَّرْطُ الرَّابِعُ ، الذُّكُورِيَّةُ ، وهى شَرْطٌ للوِلايةِ فى قولِ الجميعِ ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ فيها الكَمالُ ، والمرأةُ ناقِصَةٌ قاصرةٌ ، تَثْبُتُ الوِلايةُ عليها لقُصُورِها عن النَّظَرِ لنَفْسِها ، فلأَنْ لا يَثْبُتَ لها وِلايةٌ على غيرِها أَوْلَى . وعن أحمدَ ، أَنَّها تَلِى تَزْوِيجَ[1] أَمَتِها ومُعْتَقَتِها[2] . وقد ذكَرْناه . الشَّرْطُ الخامسُ ، البُلُوغُ ، وهو شَرْطٌ فى ظاهرِ المذهبِ . قال

الإنصاف

وقوله : واتِّفاقُ الدِّينِ . يأْتِى بيَانُ ذلك فى كلامِ المُصَنِّفِ قَرِيبًا ، عندَ قوْلِه : ولا يَلِى كافِرٌ نِكاحَ مُسْلِمَةٍ بحالٍ ، وعكْسُه .

قوله : وهل يُشْتَرَطُ بُلُوغُه وعَدالَتُه ؟ على رِوايتَين . أمَّا اشْتِراطُ البُلوغِ ، فأَطْلَقَ

(١) فى م : « نكاح » .

(٢) فى الأصل : « معتقها » .

الشرح الكبير

أحمدُ : لا يُزَوِّجُ الغُلامُ حتى يَحْتَلِمَ ، ليس له أمْرٌ . وهذا قولُ الثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسْحاقَ ، وابنِ المُنْذِرِ ، وأبى ثَوْرٍ . ورُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه إذا بَلَغَ عَشْرًا زَوَّجَ ، وتَزَوَّجَ ، وطَلَّقَ ، وأُجِيزَتْ وَكالَتُه فى الطَّلاقِ . ويَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِىِّ ؛ لتَخْصِيصِه المَسْلُوبَ الوِلايةِ بكَوْنِه طِفْلًا . ووَجْهُ ذلك أنَّه يَصِحُّ بَيْعُه وطَلاقُه ووَصِيَّتُه ، فثَبَتَتْ له الوِلايةُ كالبالغِ . والأوَّلُ اخْتِيارُ أبى بكرٍ ، وهو الصَّحِيحُ ؛ لأنَّ الوِلايةَ يُعْتَبَرُ لها كَمالُ الحالِ ؛ لأنَّها تُفِيدُ التَّصَرُّفَ فى حَقِّ غيرِه ، اعْتُبِرَتْ نَظَرًا له ، والصَّبِىُّ مُوَلًّى عليه لقُصُورِه ، فلا تَثْبُتُ له الوِلايةُ ، كالمرأةِ ، والأُصولُ المَقِيسُ عليها مَمْنُوعَةٌ . السَّادِسُ ، العَدالَةُ . وفى كَوْنِها شَرْطًا رِوايتان ؛ إحْدَاهما ، هى شَرْطٌ . قال أحمدُ : إذا كان القاضى مثلَ ابنِ الخَلَنْجِى[1] وابنِ الجَعْدِ[2] ،

الإنصاف

المُصَنِّفُ فيه الخِلافَ ، وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الهادِى » ؛ إحداهما ، يُشْتَرطُ بُلوغُه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ ، والأثْرَمِ ، وعلىِّ بنِ سعيدٍ ، وحَرْبٍ . وهو المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال فى « المُذْهَبِ » : يُشْترَطُ بُلوغُه ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذه الرِّوايَةُ هى المَشْهُورَةُ ، نقْلًا واخْتِيارًا . ويَحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِىِّ . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : هذا المذهبُ . نصَّ عليه . واخْتارَه أبو بَكْرٍ وغيرُه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ،

---

(١) فى النسختين : « الحلبى » وابن الخلنجي هو عبد الله بن محمد بن أبى يزيد الخلنجي ، ولى القضاء أيام المعتصم والواثق ، وكان من المجردين للقول بخلق القرآن المعلنين به ، وعزله المتوكل وأمر بكشفه وفضحه . تاريخ بغداد ٧٣/١٠ ، ٧٤ .

(٢) هو الحسن بن على بن الجعد بن عبيد الجوهرى مولى أم سلمة المخزومية ، تولى قضاء بغداد وسأل عنه أحمد فقال : كان معروفا عند الناس بأنه جهمى ، ثم بلغنى عنه الآن أنه قد رجع عن ذلك . توفى سنة اثنتين وأربعين ومائتين . تاريخ بغداد ٣٦٤/٧ .

الشرح الكبير

اسْتَقْبَلَ النِّكاحَ . فظاهِرُ هذا أنَّه [٦/٩٩و] أفْسَدَ النِّكاحَ لانْتِفاء عَدالَةِ المُتَوَلِّى له . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لما رُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّه قال : لا نِكاحَ إلَّا بشَاهِدَىْ عَدْلٍ ووَلِىٍّ مُرْشِدٍ[1] . قال أحمدُ : أصَحُّ شىءٍ فى هذا قولُ ابنِ عباسٍ . [2]يَعْنى وقد روَى ابنُ عباسٍ[2] قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ ، وأيُّمَا امْرَأَةٍ أنْكَحَهَا وَلِىٌّ مَسْخُوطٌ عَلَيْهِ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ »[3] . وروَى البَرْقَانِىُّ[4] بإسْنادِه عن جابرٍ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا نِكَاحَ إلَّا بوَلِىٍّ مُرْشِدٍ ، وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ »[5] . ولأنَّها وِلايةٌ نَظَرِيَّةٌ[6] ، فلا يَسْتَبِدُّ بها الفاسِقُ ، كوِلايةِ المالِ . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، ليست شَرْطًا . نَقَل مُثَنَّى بنُ جامعٍ أنَّه سأل أحمدَ : إذا تَزَوَّجَ بوَلِىٍّ[7] وشُهودٍ غيرِ عُدُولٍ[8] ؟ فلم يَرَ أنَّه يَفْسُدُ مِن

الإنصاف

و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قال فى « الكافِى » : وهو أوْلَى . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يُشْتَرطُ بُلوغُه . فعليها ، يصِحُّ تزْوِيجُ

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب لا نكاح إلا بولى مرشد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٢٦ .

(٢ - ٢) فى المغنى ٩/٣٦٨ : « وقد روى - يعنى عن ابن عباس » .

(٣) أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/٢٢١ ، ٢٢٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٢٤ ، وصحح وقفه . وانظر الإرواء ٦/٢٣٨ - ٢٤٠ .

(٤) أحمد بن محمد بن أحمد أبو بكر البرقانى الشافعى الإمام العلامة الفقيه ، الحافظ الثبت ، شيخ الفقهاء والمحدثين ، صاحب التصانيف ، توفى سنة خمس وعشرين وأربعمائة . سير أعلام النبلاء ١٧/٤٦٤ - ٤٦٨ .

(٥) عزاه الهيثمى للطبرانى فى الأوسط ، وليس فيه : « مرشد » . مجمع الزوائد ٤/ ٢٨٦ . وانظر الإرواء ٦/٢٤١ .

(٦) فى م : « نظر » .

(٧) بعده فى المغنى ٩/٣٦٩ : « فاسق » .

(٨) فى الأصل : « عدل » .

الشرح الكبير

النِّكاحِ شيءٌ . وهذا ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه ذَكَر الطِّفْلَ والعبدَ والكافِرَ ، ولم يَذْكُرِ الفاسِقَ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ . وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه يَلِى نِكاحَ نَفْسِه ، فتَثْبُتُ له الوِلايةُ على غيرِه ، كالعَدْلِ ، (١)ولأنَّ سَبَبَ(١) الوِلايةِ القرابةُ ، وشَرْطُها النَّظَرُ ، وهذا قَرِيبٌ ناظِرٌ ، فيَلِى كالعَدْلِ .

الإنصاف

ابنِ عَشْرٍ . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : إذا بلَغ عَشْرًا ، زَوَّج وتزَوَّجَ . قدَّمه فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » . وعنه ، اثْنَىْ عَشَرَ . وأمَّا اشْتِراطُ العَدالَةِ ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فيها رِوايتَيْن ، وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ؛ إحْداهما ، يُشْتَرطُ عَدالَته . وهو المذهبُ . قال فى « المُذْهَبِ » : يُشْتَرطُ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحَه ابنُ أبى مُوسى ، والأَزَجِىُّ . وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « الفُروعِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا تُشْتَرطُ العَدالَةُ . فيَصِحُّ تزْوِيجُ الفاسِقِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه ذكَر الطِّفْلَ ، والعَبْدَ ، والكافِرَ ، ولم يذْكُرِ الفاسِقَ . فعلى المذهبِ ، يَكْفِى مَسْتُورُ الحالِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وحمَل صاحِبُ « التَّصْحيحِ » كلامَ المُصَنِّفِ عليه . وجزَم به فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : تُشْتَرطُ العَدالَةُ ظاهِرًا وباطِنًا . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ فى اشْتِراطِ العَدالَةِ فى غيرِ السُّلْطانِ . أمَّا السُّلْطانُ ، فلا

(١ - ١) فى م : « ولأنه يثبت » .

الشرح الكبير

فصل : ولا يُشْتَرَطُ أن يكونَ بَصِيرًا ؛ لأنَّ شُعَيْبًا زَوَّجَ ابْنَتَه وهو أعْمَى[1] . ولأنَّ المَقْصُودَ فى النِّكاحِ يُعْرَفُ بالسَّماعِ والاسْتِفاضَةِ ، فلا يَفْتَقِرُ إلى النَّظَرِ . ولا يُشْتَرَطُ النُّطْقُ ، بل يَجُوزُ أن يَلِىَ الأخْرَسُ إذا فُهِمَتْ إشارَتُه ؛ لأنَّها تَقُومُ مَقامَ نُطْقِه فى سائرِ العُقُودِ والأحْكامِ ، فكذلك النِّكاحُ .

الإنصاف

يُشْتَرَطُ فى تزْويجِه العَدالَةُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وأجْرَى أبو الخَطَّابِ الخِلافَ فيه أيضًا .

فائدتان ؛ إحْداهما ، اشْتَرطَ فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم الرُّشْدَ فى الوَلِىِّ . واشْتَرطَ فى « الواضِحِ » كوْنَه عارِفًا بالمَصالِحِ ، لا شيْخًا كَبِيرًا جاهِلًا بالمَصْلَحَةِ . وقالَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : الرُّشْدُ هنا ؛ هو [١٤/٣و] المَعْرِفَةُ بالكُفْءِ ومَصالِحِ النِّكاحِ ، ليس هو حِفْظَ المالِ ، فإنَّ رُشْدَ كلِّ مَقامٍ بحَسَبِه . واشْتَرطَ فى « الرِّعايَةِ » أنْ لا يكونَ مُفَرِّطًا فيها ولا مُقَصِّرًا . ومَعْناه فى « الفُصولِ » ؛ فإنَّه جعَل العَضْلَ مانِعًا وإنْ لم يفْسُقْ ، لعدَمِ الشَّفَقَةِ ، وشَرْطُ الوَلِىِّ الإشْفاقُ . الثَّانيةُ ، لا تزُولُ الوِلايَةُ بالإغْماءِ والعَمَى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » فى العَمَى . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . وقيل : تزُولُ بذلك . ولا تزُولُ بالسَّفَهِ ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه . وإنْ جُنَّ أحْيانًا ، أو أُغْمِىَ عليه ، أو نقَص عقْلُه بنحوِ مَرَضٍ ، أو أحْرَمَ ، انْتُظِرَ زَوالُ ذلك . نقَله ابنُ الحَكَمِ فى المَجنونِ . ولا ينْعزِلُ وَكِيلُهم بطَرَيانِ ذلك . وكذا إنْ أحْرَمَ وَكِيلٌ ثم حلَّ . قالَه

---

(١) انظر ما أخرجه الحاكم فى : المستدرك ٢/٥٦٨ . وانظر تلخيص الحبير ٣/١٦٢ .

المقنع

فَإِنْ كَانَ الْأَقْرَبُ طِفْلًا أَوْ كَافِرًا أَوْ عَبْدًا ، زَوَّجَ [٢٠٣ظ] الْأَبْعَدُ . وَإِنْ عَضَلَ الْأَقْرَبُ ، زَوَّجَ الْأَبْعَدُ . وَعَنْهُ ، يُزَوِّجُ الْحَاكِمُ .

الشرح الكبير

٣١١١ – مسألة : (فإن كان الأقْرَبُ طِفْلًا أو كافِرًا أو عَبْدًا ، زَوَّجَ الأبْعَدُ) لأنَّ الوِلايَةَ لا تَثْبُتُ لطفلٍ ولا عبدٍ ولا كافرٍ على مُسْلِمَةٍ ، فعندَ ذلك يكونُ وُجُودُهم كعَدَمِهم ، فتَثْبُتُ الوِلايةُ لمَن هو[1] أبعدُ منهم إذا كَمَلَتْ فيه الشُّرُوطُ ، كما لو ماتوا .

٣١١٢ – مسألة : (وإن عَضَلَ الأقْرَبُ ، زَوَّجَ الأبْعَدُ . وعنه ، يُزَوِّجُ الحاكِمُ) العَضْلُ مَنْعُ المرأةِ مِن التَّزْويجِ بكُفْئِها إذا طَلَبَتْ ذلك ، ورَغِبَ كُلُّ واحدٍ منهما فى صاحِبِه ، فمتى وُجِدَ ذلك انْتَقَلَتِ الوِلايةُ إلى الأبعدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . وعنه رِوايةٌ أُخْرَى ، تَنْتَقِلُ إلى السلطانِ . وهو اخْتِيارُ أبى بكرٍ . وذُكِرَ ذلك عن عُثْمانَ بنِ عَفَّانَ ، وشُرَيْحٍ . وبه قال

الإنصاف

فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ » : فإنْ أُغْمِىَ عليه ثلاثةَ أيَّامٍ ، أو جُنَّ مُتفرِّقًا ، أو نقَص عقْلُه بمَرَضٍ أو غيرِه ، أو أحْرَمَ ، فهل الأبْعَدُ أوْلَى ، أو الحاكِمُ ، أو هو فيُنْتَظَرُ ، فيَبْقَى وَكِيلُه ؟ يَحْتَمِلُ أوْجُهًا[2] . وكذا يُخَرَّجُ لو توَكَّلَ المُحِلُّ ثم أحْرَمَ ثم حلَّ . انتهى .

قوله : وإنْ عضَل الأقْرَبُ زَوَّجَ الأبْعَدُ . هذا الصَّحيحُ مِن المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، يُزَوِّجُ الحاكِمُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ .

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى ط : « وجها » .

الشرح الكبير

الشَّافعىُّ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « فَإِنِ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ »[1] . ولأنَّ ذلك حَقٌّ عليه امْتَنَعَ مِن أدائِه ، فقامَ الحاكِمُ مَقامَه ، كما لو كان عليه دَيْنٌ فامْتَنَعَ مِن قَضائِه . ولَنا ، أنه تعَذَّرَ التَّزْوِيجُ مِن جِهَةِ الأقْرَبِ ، فمَلَكَه الأبْعَدُ ، كما لو جُنَّ . ولأنه يَفْسُقُ بالعَضْلِ ، فتَنْتَقِلُ الوِلايةُ عنه ، كما لو شَرِبَ الخَمْرَ . فإن عَضَلَ الأوْلياءُ كلُّهم زَوَّجَ الحاكمُ . والحديثُ حُجَّةٌ لنا ؛ لقولِه : « السُّلْطَانُ وَلِىُّ مَن لا وَلِىَّ لَهُ » . وهذه لها وَلِىٌّ . ويُمْكِنُ حَمْلُه على ما إذا عَضَلَ الكُلُّ ؛ لأنَّ قوْلَه : « فإنِ اشْتَجَرُوا » . ضَمِيرُ جَمْعٍ يَتَناوَلُ الكُلَّ . والوِلايةُ [٩٩/٦ظ] تُخالِفُ الدَّيْنَ مِن وُجُوهٍ ثلاثةٍ ؛ أحَدُها ، أنَّها حَقٌّ للوَلِىِّ ، والدَّيْنُ عليه . الثانى ، أنَّ الدَّينَ لا يَنْتَقِلُ عنه ، والوِلايةُ تَنْتَقِلُ عنه لعارِضٍ ؛ مِن جُنُونِ الوَلِىِّ وفِسْقِه . الثالثُ ، أنَّ الدَّينَ لا تُعْتَبَرُ فى بَقائِه العَدالَةُ ، والوِلايةُ يُعْتَبَرُ لها ذلك ، وقد زالَتِ العَدالَةُ بما ذَكَرْناه . فإن قيلَ : لو زالتْ وِلايتُه لَما صَحَّ منه التَّزْوِيجُ إذا أجابَ إليه . قُلْنا : فِسْقُه بامْتِناعِه ، فإذا أجابَ فقد نَزَع عن المَعْصِيَةِ ، وراجَعَ الحَقَّ ، فزالَ فِسْقُه ، فلذلك[2] صَحَّ تَزْوِيجُه . وقد رُوِىَ عن مَعْقِلِ بنِ يَسارٍ ،

الإنصاف

فائدة : العَضْلُ ؛ منْعُ المَرْأةِ التَّزَوُّجَ بكُفْئِها إذا طَلَبَتْ ذلك ورَغِبَ كلٌّ منهما فى صاحِبِه ، سواءٌ طَلَبَتْ ذلك بمَهْرِ مِثْلِها أو دُونَه . قالَه الأصحابُ . وتقدَّم ، إذا اخْتارَتْ كُفْؤًا واخْتارَ الوَلِىُّ غيرَه ، أنَّه يُقَدَّمُ الذى اخْتارَتْه ، فإنِ امْتنَعَ مِن تَزْوِيجِه ، كان عاضِلًا ، عندَ قوْلِه : وللسَّيِّدِ تزْوِيجُ إمائِه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه

(١) تقدم تخريجه فى ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

(٢) فى م : « فكذلك » .

الشرح الكبير

قال : زَوَّجْتُ أُخْتًا لِى مِن رجلٍ ، فطَلَّقَها ، حتى إذا انْقَضَتْ عِدَّتُها جاءَ يَخْطُبُها ، فقلتُ له : زَوَّجْتُكَ ، وأَفْرَشْتُكَ ، وأكْرَمْتُكَ ، فطَلَّقْتَها ، ثم جِئْتَ تَخطُبُها ! لا واللهِ لا تَعُودُ إليك أبدًا ، وكان رَجُلًا لا بَأْسَ به ، وكانتِ المرأةُ تُرِيدُ أن تَرْجِعَ إليه ، فأنْزَلَ اللهُ هذه الآية : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾[1] . فقلتُ : الآنَ أفْعَلُ يا رسولَ اللهِ . قال : فَزَوَّجَهَا إيَّاهُ . رَواه البخارىُّ[2] .

فصل : وسَواءٌ طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ بمَهْرِ مِثْلِها أو دُونِه . وبه قال الشافعىُّ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدٌ . وقال أبو حنيفةَ : لهم[3] مَنْعُها مِن التَّزْوِيجِ بدُونِ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّ عليهم فى ذلك عارًا ، وفيه ضَرَرٌ على نسائِها ، لنَقْصِ مَهْرِ مِثْلِهِنَّ . ولَنا ، أنَّ المَهْرَ خالِصُ حَقِّها ، و[4] عِوَضٌ يَخْتَصُّ بها ، فلم يَكُنْ لهم الاعْتِراضُ عليها فيه ، كثَمَنِ عَبْدِها وأَجْرِ دارِها ، ولأنَّها لو أسْقَطَتْه بعدَ وُجُوبِه ، سَقَط كلُّه ، فبعضُه أوْلَى ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ قال لرجلٍ أرادَ أن يُزَوِّجَه : « الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ »[5] . وقال لامْرَأةٍ زُوِّجَتْ بنَعْلَيْن : « أَرَضِيتِ مِنْ نَفْسِكِ بنَعْلَيْن ؟ » قالتْ : نعم . فأجازَه النبىُّ ﷺ[6] . وقولُهم : فيه عارٌ عليهم . ليس كذلك ، فإنَّ عمرَ قال : لو

الإنصاف

اللهُ : مِن صُوَرِ العَضْلِ ؛ إذا امْتَنَعَ الخُطَّابُ مِن خِطْبَتِها لشِدَّةِ الوَلِىِّ .

---

(١) سورة البقرة ٢٣٢ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٥٧ .

(٣) فى م : « له » .

(٤) فى الأصل : « أو » .

(٥) تقدم تخريجه فى ١٤/ ٣٨٠ .

(٦) أخرجه الترمذى ، فى : باب ماجاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٣٣ . وابن ماجه ، فى : باب صداق النساء، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٨ .

=

المقنع

وَإِنْ غَابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوَّجَ الْأَبْعَدُ ، وَهِىَ مَا لَا تُقْطَعُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ . وَقَالَ الْخِرَقِىُّ : مَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْكِتَابُ ، أَوْ يَصِلُ فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ . وَقَالَ الْقَاضِى : مَا لَا تَقْطَعُهُ

الشرح الكبير

كان مَكْرُمَةً فى الدُّنْيا ، أو تَقْوى عندَ اللهِ ، كان أوْلَاكُم به رسولَ اللهِ ﷺ[1] . يَعْنِى غُلُوَّ الصَّداقِ . فإن رَغِبَتْ فى رجلٍ بعَيْنِه ، وهو كُفْءٌ ، فأرادَ تَزْوِيجَها لغيرِه مِن أَكْفَائِها ، وامْتَنَعَ مِن تَزْوِيجِها مِن الذى أرادَتْه ، كان عاضِلًا لها . فإن طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ بغيرِ كُفْءٍ ، فله مَنْعُها منه ، ولا يكونُ عاضِلًا بذلك ؛ لأنَّها لو زُوِّجَتْ بغيرِ كُفْئِها كان له فَسْخُ النِّكاحِ ، فلأنْ يَمْنَعَ منه ابْتِداءً أَوْلَى .

٣١١٣ - مسألة : (وإن غاب غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوَّجَ الأبْعَدُ ، وهى ما لا تُقْطَعُ إلَّا بكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ، فى ظاهِرِ كَلامِ أحمدَ . وقال الخِرَقِىُّ : مَا لَا يَصِلُ إليْهِ الكِتابُ ، أو يَصِلُ فلا يُجِيبُ عنه . وقال القاضى : ما لا تَقْطَعُه

الإنصاف

قوله : وإنْ غابَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً زَوَّجَ الأبْعَدُ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يُزَوِّجُ الحاكِمُ . ذكَرَها فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » . وخرَّجها أبو الخَطَّابِ مِن عَضْلِ الوَلِىِّ ، وتابَعَه فى « المُحَرَّرِ » .

= والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/٤٤٥ . وضعفه فى الإرواء ٦/٣٤٦ ، ٣٤٧ .

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٥ ، ٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى مهور النساء ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٣٦ . والنسائى ، فى : باب القسط فى الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٩٦ . والدارمى ، فى : باب كم كانت مهور أزواج النبى ﷺ وبناته ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٤١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٤١ ، ٤٨ .

المقنع

الْقَافِلَةُ فِى السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللهُ ، إِذَا كَانَ الْأَبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، زَوَّجَ الْأَبْعَدُ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ مَا تُقْصَرُ فِيهِ الصَّلَاةُ .

الشرح الكبير

القافِلَةُ فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً . وقد قال أحمدُ : إذَا كان الأبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، زَوَّجَ الأبْعَدُ) قال أبو الخَطَّابِ : (فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ) بالسَّفرِ البَعِيدِ (ما تُقْصَرُ فيه الصلاةُ) الكلامُ فى هذه المسألةِ فى[1] أمْرَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ الأقْرَبَ إذا غاب غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ، زَوَّجَ الأبْعَدُ دُونَ الحاكمِ . وبهذا قال أبو حنيفةَ . وقال الشافعىُّ : يُزَوِّجُها الحاكمُ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ الوُصُولُ إلى النِّكاحِ مِن الأقْرَبِ مع بَقاءِ وِلايَتِه ، فيَقُومُ الحاكمُ مَقامَه ، كما لو عَضَلَها ، [٦/١٠٠و] ولأنَّ الأبْعَدَ مَحْجُوبٌ بوِلايَةِ الأقْرَبِ ، فلا يَجُوزُ له التَّزْوِيجُ ، كما لو كان حاضِرًا ، ودَلِيلُ بَقاءِ وِلايَتِه أنَّه لو زَوَّجَ مِن حيثُ هو أو وَكَّلَ ، صَحَّ . ولَنا ، قولُه عليه الصلاةُ والسلامُ : « السُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ[2] » .

الإنصاف

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا كانتِ المَرْأةُ حُرَّةً . فأمَّا إنْ كانتْ أمَةً ، فإنَّ الحاكِمَ هو الذى يُزَوِّجُها . قالَه القاضى فى « التَّعْليقِ » مُدَّعِيًا أنَّه قِياسُ المذهبِ . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ حيث قال : زوَّجَها مَن هو أبْعَدُ منه مِن عَصَبَتِها .

قوله : وهى ما لا تُقْطَعُ إلَّا بكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ، فى ظاهِرِ كلامِه . وهذا المذهبُ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ عَبْدِ اللهِ . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وقال الخِرَقِىُّ : ما

---

(١) فى م : « من » .

(٢) فى م : « لها » . والحديث تقدم تخريجه فى ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

الشرح الكبير

وهذه لها وَلِىٌّ ، فلا يكونُ السُّلطانُ وَلِيًّا لها ، ولأنَّ للأَقْرَبَ تَعَذَّرَ حُصُولُ التَّزْوِيجِ منه ، فتَثْبُتُ الوِلايَةُ لمَن يَلِيه مِن العَصَباتِ ، كما لو جُنَّ أو ماتَ ، ولأنَّها حالَةٌ يَجُوزُ فيها التَّزْوِيجُ لغيرِ الأَقْرَبِ ، فكان ذلك للأَبْعَدِ ، كالأَصْلِ ، وإذا عَضَلَها فهى كمَسْأَلَتِنا .

الفصل الثانى : فى الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ التى يَجُوزُ للأَبعَدِ التَّزْوِيجُ فى مِثْلِها . ففى قولِ الخِرَقِىِّ : هى ما لا يَصِلُ إليه الكتابُ ، أو يَصِلُ فلا يُجِيبُ عنه ؛ لأنَّ مثلَ هذا تَتَعَذَّرُ مُراجَعَتُه بالكُلِّيَّةِ ، فتكونُ مُنْقَطِعَةً ، أى تَنْقَطِعُ عن إمْكانِ تَزْوِيجِها . وقال القاضى : يَجِبُ أن يكونَ حَدُّ المَسَافَةِ أن لا تَرَدَّدَ القَوافِلُ فيه فى السَّنَةِ إلَّا مَرَّةً ؛ لأنَّ الكُفْءَ يَنْتَظِرُ سنةً ولا يَنْتَظِرُ أكثرَ منها ، فيَلْحَقُ الضَّرَرُ بتَرْكِ تَزْوِيجِها . وقد قال أحمدُ فى موضعٍ : إذا كان الأَبُ بعيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الأَبْعَدُ[1] . فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ ما تُقْصَرُ فيه[2] الصلاةُ ؛ لأنَّ ذلك هو السَّفَرُ البعيدُ الذى عُلِّقَتْ عليه الأَحْكامُ . وذَهَبَ[3] أبو بكرٍ [4]أنَّ حَدَّها[4] ما لا يُقْطَعُ إلَّا بكُلْفَةٍ ومَشَقَّةٍ ؛ لأنَّ أحمدَ قال : إذا لم يَكُنْ

الإنصاف

لا يَصِلُ إليه الكِتابُ ، أو يَصِلُ فلا يُجِيبُ عنه ، كمَن هو فى أَقْصَى الهِنْدِ بالنِّسْبَةِ إلى الشَّامِ ومِصْرَ ونحوِهما . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا يَحْتَمِلُ لبُعْدِه . وهو الظَّاهِرُ . ويَحْتَمِلُ ، وإنْ كان قَرِيبًا ، فيكونُ فى مَعْنَى العاضِلِ . وبالجُمْلَةِ فقد أَوْمَأَ الإمامُ

---

(١) فى م : « الأخ » .
(٢) فى الأصل : « إليه » .
(٣) فى م : « ذكر » .
(٤ - ٤) فى م : « وجوها أحدها » .

الشرح الكبير

وَلِىٌّ حاضِرٌ مِن عَصَبَتِها ، كَتَبَ إليهم حتى يَأْذَنُوا ، إلَّا أن تكونَ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً لا تُدْرَكُ إلَّا بكُلْفةٍ ومَشَقَّةٍ ، فالسُّلْطانُ وَلِىُّ مَن لا وَلِىَّ له . قال شيخُنا[1] : وهذا القولُ ، إن شاءَ اللهُ ، أقْرَبُها إلى الصَّوابِ ، فإنَّ التَّحْدِيداتِ بابُها التَّوْقِيفُ ، ولا تَوْقِيفَ فى هذه المسألةِ ، فتُرَدُّ إلى ما يَتعارَفُه النَّاسُ بينَهم ، ممَّا لم تَجْرِ العادَةُ بالانْتِظارِ فيه ، ويَلْحَقُ المرأةَ الضَّرَرُ بمَنْعِها مِن التَّزْوِيجِ فى مثلِه ، فإنَّه يَتَعَذَّرُ فى ذلك الوُصُولُ إلى المَصْلَحَةِ مِن نَظَرِ الأقْرَبِ ، فيكونُ كالمَعْدُومِ ، والتَّحْدِيدُ بالعَامِ كثيرٌ ؛ فإنَّ الضَّرَرَ يَلْحَقُ بالانْتِظَارِ فى مثلِ ذلك ، ويَذْهَبُ الخاطِبُ ، ومَن لا يَصِلُ منه كِتابٌ أبْعَدُ ،

الإنصاف

أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، إلى هذا فى رِوايَةِ الأثْرَمِ . انتهى . وقال القاضى : ما لا تقْطَعُه القافِلَةُ فى السَّنَةِ إلَّا مرَّةً واحِدَةً ، كسَفَرِ الحِجازِ . وتَبِعَه أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » . وجزَم به [2]ابنُ هُبَيْرَةَ[2] فى « الإفْصاحِ » . وعنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، إذا كان الأبُ بعيدَ السَّفَرِ ، زوَّجَ الأبْعَدُ . قال المُصَنِّفُ هنا : فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ ما تُقْصَرُ فيه الصَّلاةُ . وكذا قال أبو الخَطَّابِ . قال فى « المُسْتَوْعِبِ » : وحَدَّها أبو الخَطَّابِ بما جعَلَه الشَّرْعُ بعيدًا . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، إذا كان الأبُ بعيدَ السَّفَرِ ، زوَّج الأخُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وقيل : يُكْتَفَى بمَسافَةِ القَصْرِ ؛ لأنَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، اعْتَبرَ البُعْدَ فى رِوايَةِ أبِى الحارِثِ ، وأطْلَقَ . انتهى . وقيل : ما تُسْتَضَرُّ به الزَّوْجَةُ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقيل : ما يفُوتُ به كُفْءٌ راغِبٌ . قلتُ : وهو قَوِىٌّ أيضًا .

---

(1) فى : المغنى ٩/٣٨٦ .

(٢ - ٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

ومَن هو على مَسافَةِ القَصْرِ[1] لا تَلْحَقُ المَشَقَّةُ بمُكاتَبَتِه ، فكان التَّوَسُّطُ أَوْلَى . واخْتَلَفَ أصحابُ أبى حنيفةَ فى الغَيْبَةِ المُنْقَطِعَةِ ، فقال بعضُهم كقَوْلِ القاضى ، وبعضُهم قال : مِن الرَّىِّ إلى بَغْدادَ . وقال بعضُهم : مِن الرَّقَّةِ إلى البَصْرةِ . وهذان القَوْلان يُشْبِهان قولَ أبى بكرٍ . واخْتَلَفَ أصحابُ الشافعىِّ فى الغَيْبَةِ المنقطعةِ[2] التى يُزَوِّجُ فيها الحاكمُ ، فقال بعضُهم : مسافةُ القَصْرِ . وقال بعضُهم : يُزَوِّجُها الحاكمُ وإن كان الوَلِىُّ قريبًا . وهو مَنْصُوصُ الشافعىِّ . وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه إذا كانتِ الغَيْبَةُ غيرَ مُنْقَطِعَةٍ ، أنَّه يُنْتَظَرُ ويُراسَلُ حتى يَقْدَمَ أو يُوَكِّلَ .

فصل : فإن كان القريبُ أسِيرًا أو مَحْبوسًا فى مسافةٍ قَريبَةٍ ، لا تُمْكِنُ مُراجَعَتُه ، فهو [٦/١٠٠ظ] كالبَعِيدِ ، فإنَّ [3]البَعِيدَ لا[3] يُعْتَبَرُ لعَيْنِه ، بل لتَعَذُّرِ الوُصُولِ إلى التَّزْوِيجِ بنَظَرِه ، وهذا مَوْجُودٌ ههُنا ، وكذلك إن كان

الإنصاف

فائدة : مَن تعَذَّرَتْ مُراجَعَتُه ؛ كالمَأْسُورِ والمَحْبُوسِ ، أو لم يُعْلَمْ مَكانُه ، فحُكْمُه حُكْمُ البعيدِ . قالَه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال فى « الكافِى » : إنْ لم يُعْلَمْ وُجودُ الأقْرَبِ بالكُلِّيَّةِ حتى [١٤/٣ظ] زوَّجَ الأبْعَدُ ، يُخَرَّجُ على وَجْهَين مِن انْعزالِ الوَكِيلِ قبلَ عِلْمِه . قال بعضُ الأصحابِ : وفيه نَظرٌ ؛ لأنَّ الوَكِيلَ تثْبُتُ له وِلايَةُ التَّصَرُّفِ قبلَ العَزْلِ ، ظاهِرًا وباطِنًا ، بخِلافِ هذا . وقال الزَّرْكَشِىُّ : ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، أنَّ شرْطَ تَزْوِيجِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : الأصل .

(٣ - ٣) فى م : « البعد لم » .

المقنع وَلَا يَلِى كَافِرٌ نِكَاحَ مُسْلِمَةٍ بِحَالٍ ، إِلَّا إِذَا أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِهِ ، فِى

الشرح الكبير غائِبًا لا يُعْلَمُ أَقَرِيبٌ هو أم بَعِيدٌ ، أو عُلِمَ أنَّه قَرِيبٌ ، و لم يُعْلَمْ مَكانُه ، فهو كالبَعِيدِ .

٣١١٤ – مسألة : (ولا يَلِى كَافِرٌ نِكاحَ مُسْلِمَةٍ بحَالٍ ، إلَّا إذا

الإنصاف الأَبْعَدِ الغَيْبَةُ المذْكُورةُ ؛ فلو لم يُعْلَمْ أقَرِيبٌ هو أم بعيدٌ ، لم يُزَوِّجِ الأَبْعَدُ . وهو ظاهِرُ إطْلاقِ غيرِه . وقال أبو محمدٍ فى « المُغْنِى »[1] : يُزَوِّجُ الأَبْعَدُ والحالُ هذه . وكذلك إذا عُلِمَ أنَّه قَرِيبٌ ولكِنْ لا يُعْلَمُ مَكانُه . وهو حَسَنٌ ، مع أنَّ كلامَ الخِرَقِىِّ لا يأْباه . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وكذلك لو كان الوَلِىُّ مَجْهولًا لا يُعْلَمُ أنَّه عَصَبَةٌ ، ثم عُرِفَ بعدَ العَقْدِ . وكذا قال ابنُ رَجَبٍ : لو زُوِّجَتْ بِنْتُ المُلاعِنَةِ ثم اسْتَلْحَقَها الأبُ . قال فى « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » : لو لم يُعْلَمْ وجُودُ الأقْرَبِ حتى زوَّج الأبعَدُ . خرَّجها فى « الكافِى » على رِوايَتَى انْعِزالِ الوَكيلِ قبلَ عِلْمِه بالعَزْلِ . ورجَّح أبو العَبَّاسِ وشَيْخُنا ، يعْنِى به ابنَ رَجَبٍ ، الصِّحَّةَ هنا . وقد يُقالُ : كلامُ صاحِبِ « الكافِى » ليس فى هذه الصُّورَةِ ؛ لأنَّه لم يذْكُرِ الخِلافَ إلَّا فيما إذا كان الأقْرَبُ فاسِقًا أو مَجْنونًا ، وعادَتْ وِلايَتُه بزَوالِ المانِعِ ، فزَوَّجَ الأبْعَدُ مِن غيرِ عِلْمٍ بعَوْدِ وِلايَةِ الأقْرَبِ . وإذا لم يَعْلَمِ الوَلِىُّ بالأقْرَبِ بالكُلِّيَّةِ ، لم يتعَرَّضْ لها . وقد يُفَرَّقُ بينَهما بأنَّ النَّسِيبَ الأقْرَبَ إذا لم يُعْلَمْ ، لم يُنْسَبِ الأَبْعَدُ إلى تَفْريطٍ ؛ فهو غيرُ مَقْدُورٍ على اسْتِئْذانِه ، فيسْقُطُ الاسْتِئْذانُ بعدَمِ العِلْمِ ، فالأبْعَدُ حِينَئذٍ غيرُ مَنْسوبٍ إلى تفريطٍ ، بخِلافِ ما إذا كان الأقْرَبُ فيه مانِعٌ وزالَ ، فإنَّ الأبْعَدَ يُنْسَبُ إلى تَفْريطٍ إذا كان يُمْكِنُه حالَ العَقْدِ ، مَعْرِفَةُ حالِ الأقْرَبِ . انتهى .

قوله : ولا يَلِى كافِرٌ نِكاحَ مُسْلِمَةٍ بحالٍ – يعْنِى ، لا يكونُ وَلِيًّا لها – إلا إذا

(١) ٩/٣٨٥ .

وَجْهٍ .

المقنع

الشرح الكبير

أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِه ، فى وَجْهٍ) أمَّا الكافِرُ فليس له وِلايةٌ على مُسْلِمَةٍ بحالٍ . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ على هذا كُلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ . وذَكَر شيخُنا هٰهُنا أنَّ فيه وَجْهًا ، أنَّ الكافِرَ يَلِى نِكاحَ أمِّ وَلَدِه إذا أسْلَمَتْ . وذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه ، فيَلِى نِكاحَها كالمُسْلِمِ ، ولأنَّه عَقْدٌ عليها ، فيَلِيه كإجارَتِها . والثانى ، لا يَلِيه ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾[1] . ولأنَّها مُسْلِمَةٌ فلا يَلِى نِكاحَها

الإنصاف

أسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِه ، فى وَجْهٍ . وهذا الوَجْهُ هو المذهبُ . جزَم به فى « الإِيضاحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، وابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « الفُروعِ » ؛ فإنَّه قال : ولا يَلِى كافِرٌ نِكاحَ مُسْلِمَةٍ ، غيرَ نحوِ أُمِّ وَلَدٍ . وقيل : لا يَلِيه . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيه » ، وغيرُهم . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، بل هو كالصَّريحِ فى ذلك ، أنَّ الذِّمِّىَّ لا يَلِى نِكاحَ مُكاتَبَتِه ومُدَبَّرَتِه . وهو أحدُ الوَجْهَين . والخِلافُ هنا كالخِلافِ فى أُمِّ الوَلَدِ ، ذكَرَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الفُروعِ » ، وقد تقدَّم لَفْظُه . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، الفَرْقُ بينَ أُمِّ الوَلَدِ وبينَ المُكاتَبَةِ والمُدَبَّرَةِ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ،

(١) سورة الأنفال ٧٣ .

المقنع وَلَا يَلِى مُسْلِمٌ نِكَاحَ كَافِرَةٍ ، إِلَّا سَيِّدَ الْأَمَةِ أَوْ وَلِىَّ سَيِّدَتِهَا أَوِ السُّلْطَانَ .

الشرح الكبير كابْنَتِه . فعلى هذا ، يُزَوِّجُها الحاكِمُ . وهذا الوَجْهُ أَوْلَى ؛ لِما ذَكَرْنا مِن الإِجْماعِ .

٣١١٥ – مسألة : (ولا يَلِى مُسْلِمٌ نِكاحَ كافِرَةٍ ، إِلَّا سَيِّدَ الأَمَةِ أو وَلِىَّ سَيِّدَتِها أَوِ السُّلْطَانَ) (١)وذلك(١) لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ

الإنصاف و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . لكنْ لم أرَ قوْلًا(٢) صريحًا بالفَرْقِ . وظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ أيضًا ، أو صَرِيحُه ، أنَّه لا يَلِى نِكاحَ ابْنَتِه المُسْلِمَةِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ فى وِلايَةِ فاسِقٍ ، يَلِيه عليها . وذكَرَه ابنُ رَزِينٍ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . فعلى القَوْلِ بأنَّه يَلِيه ، فهل يُباشِرُه ويَعْقِدُه بنَفْسِه ، أو يُباشِرُه مُسْلِمٌ بإذْنِه ، أو يُباشِرُه حاكِمٌ بإذْنِه ؟ فيه ثلاثَةُ أوْجُهٍ . وأطْلَقهُنَّ فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ؛ إحْداهُنَّ ، يُباشِرُه بنَفْسِه . وهو الصَّحيحُ . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » . وقالَه الأزَجِىُّ . وهو كالصريحِ فى كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . والثَّانِى ، يَعْقِدُه مُسْلِمٌ بإذْنِه . والثَّالِثُ ، يَعْقِدُه الحاكِمُ بإذْنِه . قال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وهو أوْلَى . نقَل حَنْبَلٌ ، لا يعْقِدُ يَهُودِىٌّ ولا نَصْرانِىٌّ عَقْدَ نِكاحِ مُسْلِمَةٍ . وقيل : يعْقِدُه الحاكِمُ بغيرِ إذْنِه . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » .

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) زيادة من : ا .

المقنع وَيَلِى الذِّمِّىُّ نِكَاحَ مُوَلِّيَتِهِ الذِّمِّيَّةِ مِنَ الذِّمِّىِّ . وَهَلْ يَلِيهِ مِنْ مُسْلِمٍ ؟

الشرح الكبير كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ . ولأنَّ مُخْتَلِفِى الدِّينِ لا يَرِثُ أحَدُهما الآخَرَ ، ولا يَعْقِلُ عنه ، فلم يَلِ عليه ، كما لو كان أحَدُهما رَقِيقًا . فأمَّا سَيِّدُ الأمَةِ الكافِرَةِ ، فله تَزْوِيجُها الكافِرَ ؛ لكَوْنِها لا تَحِلُّ للمُسْلِمِينَ ، وكذلك وَلِىُّ[1] سَيِّدَةِ[2] الأمَةِ الكافرةِ يَلِى تَزْوِيجَها لكافرٍ[3] ؛ لأنَّها وِلايَةٌ بالمِلْكِ ، فلم يَمْنَعْها كَوْنُ سَيِّدِ الأمَةِ الكافرةِ مُسْلِمًا ، كسائرِ الوِلاياتِ ، ولأنَّ هذه تَحْتاجُ إلى التَّزْوِيجِ ، ولا وَلِىَّ لها غيرُ سَيِّدِها . فأمَّا السلطانُ ، فله الوِلايَةُ على مَن لا وَلِىَّ لها مِن أهلِ الذِّمَّةِ ؛ لأنَّ وِلايَتَه عامَّةٌ على أهلِ دارِ الإسْلامِ ، وهذه مِن أهلِ الدَّارِ ، فثَبَتَتْ له الوِلايَةُ عليها ، كالمُسْلِمَةِ . وتَثْبُتُ الوِلايَةُ للكافرِ على أهلِ دِينِه ، على حَسَبِ ما ذَكَرْناه فى المسلمينَ ، وتُعْتَبَرُ فيهم الشُّرُوطُ المُعْتَبَرَةُ فى المسلمينَ . [4]وتُعْتَبَرُ عَدالَتُه فى دِينِه فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، بناءً على الرِّوايَتَيْن فى اعْتِبارِها فى المُسْلِمِينَ[4] .

٣١١٦ – مسألة : (ويَلِى الذِّمِّىُّ نِكاحَ مُوَلِّيَتِه الذِّمِّيَّةِ مِن الذِّمِّىِّ) لقَوْلِه تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾ (وهل يَلِيه مِن

الإنصاف قوله : ويَلِى الذِّمِّىُّ نِكاحَ مُوَلِّيَته الذِّمِّيَّةِ مِن الذِّمِّىِّ . هذا المذهبُ المَقْطوعُ به عندَ الأصحابِ ، ولم يُفَرِّقُوا بينَ اتِّحادِ دِينِهم أو تبايُنِه . وخرَّج الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ،

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « سيد » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ – ٤) سقط من : م .

المقنع عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير مُسْلِمٍ ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يَلِيه . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه وَلِيُّها ، فصَحَّ تَزْوِيجُه لها ، كما لو زَوَّجَها كافِرًا ، ولأنَّها امرأةٌ لها وَلِىٌّ مُناسِبٌ ، فلم يَجُزْ أن يَلِيَهَا غيرُه ، كما لو تَزَوَّجَها ذِمِّىٌّ . والثانى ، لا يُزَوِّجُها إلَّا الحاكمُ . قالَه القاضى ؛ لأنَّ أحمدَ قال : لا يَعْقِدُ يَهُودِىٌّ ولا نَصْرانِىٌّ عَقْدَ نِكاحٍ لمُسْلِمٍ ولا مُسْلِمَةٍ . ووَجْهُه أنَّه عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إلى شَهادَةِ مُسْلِمَيْن ، فلم يَصِحَّ بوِلايةِ كافرٍ ، كنِكاحِ المسلمينَ . والأوَّلُ أصَحُّ ، (1)والشُّهودُ يُرادُون(1) لإِثْباتِ النِّكاحِ عندَ الحاكمِ ، بخِلافِ الوِلايةِ .

الإنصاف رَحِمَه اللهُ ، فى جوازِ كَوْنِ النَّصْرانِىِّ يَلِى نِكاحَ اليَهُودِيَّةِ أو عَكْسِه ، وَجْهَيْن مِن تَوارُثِهما وقَبُولِ شَهادَةِ بعضِهم على بعضٍ ؛ بناءً على أنَّ الكُفْرَ ، هل هو مِلَّةٌ واحدةٌ ، أو مِلَلٌ مُخْتَلِفَةٌ ؟ فيه الخِلافُ [٣/١٥و] المُتقدِّمُ فى بابِ ميراثِ أهْلِ المِلَلِ .

قوله : وهل يَلِيهِ مِن مُسْلِمٍ ؟ على وَجْهَين . وأطْلَقهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ؛ أحدُهما ، يَلِيه . أعْنِى ، يكونُ وَلِيًّا . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يَلِيه . نصَّ عليه فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ . واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « التَّعْليقِ » ،

(١ - ١) فى م : « والشاهدان يرادان » .

المقنع

وإذا زَوَّجَ الْأَبْعَدُ مِنْ غَيرِ عُذْرٍ لِلْأَقْرَبِ ، أَوْ زَوَّجَ أَجْنَبِىٌّ ، لَمْ يَصِحَّ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ وَيَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَلِىِّ .

الشرح الكبير

٣١١٧ – مسألة : (وإذا زَوَّجَ الأبْعَدُ من غيرِ عُذْرٍ للأقْرَبِ ، أو زَوَّجَ أجْنَبِىٌّ ، لم يَصِحَّ . وعنه ، يَصِحُّ ويَقِفُ على إجازَةِ الوَلِىِّ)

الإنصاف

و « الجامعِ » ، والشَّريفُ وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ ، بل اخْتارَه القاضى وأصحابُه . قالَه ناظِمُ « المُفْرَداتِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » ، وهو منها . قلتُ : يَنْبَغِى أنْ يكونَ هذا المذهبَ ؛ للنَّصِّ عن الإمامِ . فعلى المذهبِ ، له أنْ يُباشِرَ التَّزْويجَ ، ويعْقِدَ النِّكاحَ بنفسِه . على الصَّحيحِ كما تقدَّم . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « النَّظْمِ » ، و « الشَّرْحِ » . وهو كالصَّريحِ فى كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : يُباشِرُه ، ويعْقِدُه مُسْلِمٌ بإذْنِه . وقيل : يُباشِرُه الحاكِمُ بإذْنِه . وأطْلَقهُنَّ فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : يعْقِدُه الحاكِمُ بغيرِ إذْنِه . كما تقدَّم فى التى قبلَها ، فإنَّهما فى الحُكْمِ سواءٌ . وعلى الوَجْهِ الثَّانِى ، لا يَلِى مالَها ، على قِياسِه . قالَه القاضى . وقال فى « الانْتِصارِ » فى شَهادَتِهم : يَلِى مالَها ، (1)على قِياسِه(1) . وفى « تَعْليقِ ابنِ المَنِّىِّ » فى وِلايَةِ الفاسِقِ : لا يَلِى على مالِها كافِرٌ ، إلَّا عَدْلٌ فى دِينِه ، ولو سلَّمْناه ؛ فلئلَّا يُؤَدِّىَ إلى القَدْحِ فى نَسَبِ نَبِىٍّ أو وَلِىٍّ ، ويدُلُّ عليه وِلايَةُ المالِ .

فائدة : يُشْتَرَطُ فى الذِّمِّىِّ ، إذا كان وَلِيًّا ، الشُّروطُ المُعْتَبَرَةُ فى المُسْلِمِ .

قوله : وإذا زَوَّجَ الأبْعَدُ مِن غيرِ عُذْرٍ للأقْرَبِ ، أو زوَّجَ أجْنَبِىٌّ ، لم يصِحَّ .

(١ – ١) زيادة من : ا .

الشرح الكبير [٦/١٠١و] الكلامُ فى هذه المسْألةِ فى فصْلَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّه إذا زَوَّجَها الأبْعَدُ مع حُضُورِ الأقْرَبِ ، وأجابَتْه إلى تَزْوِيجها مِن غيرِ إذْنِه ، لم يَصِحَّ . وبهذا قال الشافعىُّ . وقال مالكٌ : يَصِحُّ ؛ لأنَّ هذا وَلِىٌّ ، فصَحَّ أن يُزَوِّجَها بإذْنِها كالأقْرَبِ . ولَنا ، أنَّ هذا مُسْتَحَقٌّ بالتَّعْصِيبِ ، فلم يَثْبُتْ للأبْعَدِ مع وُجُودِ الأقْرَبِ ، كالمِيراثِ ، وبهذا فارَقَ القَرِيبُ البعيدَ . الفصلُ الثانى ، أنَّ هذا العَقْدَ يَقَعُ فاسِدًا ، لا يَقِفُ على الإِجازَةِ ، ولا يَصِيرُ بالإِجازَةِ صَحِيحًا ، وكذلك الحكمُ إذا زَوَّجَ الأجنبىُّ ، أو زُوِّجَتِ المرأةُ المُعْتَبَرُ إذْنُها بغيرِ إذْنِها ، أو تزَوَّجَ العَبْدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، فالنِّكاحُ فى هذا كلِّه باطِلٌ ، فى أصَحِّ الرِّوايَتَيْن . نَصَّ عليه أحمدُ فى مَواضِعَ . وهذا قولُ الشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأبى ثَوْرٍ . وعن أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّه يَقِفُ على الإِجازَةِ ؛ فإن أجازَه ، جاز ، وإن لم (١)يُجِزْه ، فَسَد . قال أحمدُ فى صَغيرٍ زَوَّجَه عَمُّه : فإن رَضِىَ به فى وَقْتٍ مِن الأوْقاتِ ، جازَ ، وإن لم(١) يَرْضَ ، فَسَخ . وإذا زُوِّجَتِ اليَتِيمَةُ ، فلها الخيارُ إذا بَلَغَتْ . وقال : إذا تَزَوَّجَ(٢) العَبْدُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِه ، ثم عَلِمَ السَّيِّدُ ، فإن شاءَ أن يُطَلِّقَ عليه ، فالطَّلاقُ بيَدِ السَّيِّدِ ،

الإنصاف هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . وعنه ، يصِحُّ ويَقِفُ على إجازَةِ الوَلِىِّ ، ولا نَظَرَ للحاكِمِ . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . وقيل : إنْ كان الزَّوْجُ كُفْؤًا ، أمَرَ الحاكِمُ الوَلِىَّ بالإِجازَةِ ؛ فإنْ أجازَه ، وإلَّا صارَ عاضِلًا ، فيُجيزُه

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « زوج » .

المقنع ....

الشرح الكبير

فإن أَذِنَ فى التَّزْوِيجِ فالطَّلاقُ بيَدِ العَبْدِ . وهذا قولُ أصحابِ الرَّأْيِ ، فى كُلِّ مَسْأَلَةٍ يُعْتَبَرُ فيها الإذْنُ . ورُوِىَ ذلك فى النِّكاحِ بغيرِ وَلِىٍّ عن علىِّ ابنِ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، [1]وعن ابنِ سِيرِينَ[1] ، والقاسِمِ بنِ محمدٍ ، والحسنِ بنِ صالحٍ ، وإسحاقَ ، وأبى يوسفَ ، ومحمدٍ ؛ لِما رُوِىَ أنَّ جارِيَةً بِكْرًا أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فذَكَرَتْ له[2] أنَّ أباها زَوَّجها وهى كارِهَةٌ ، فخَيَّرَها النبىُّ ﷺ . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[3] . ورُوِىَ أنَّ فَتاةً جاءَتْ إلى النبىِّ ﷺ فقالَتْ : إنَّ أبى زَوَّجَنِى من ابنِ أخِيه ، ليَرْفَعَ بى خَسِيسَتَه[4] . قال : فجَعَلَ الأمْرَ إليها . فقالت : قد أجَزْتُ ما صَنَعَ أبى ، ولكنْ أرَدْتُ أن أعْلَمَ أنَّ للنِّساءِ مِن الأمْرِ شيئًا[5] . ولأنه عَقْدٌ يَقِفُ على الفَسْخِ ، فوَقَفَ على الإجازَةِ ، كالوَصِيَّةِ . ووَجْهُ الأُولَى قولُ النبىِّ ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا باطِلٌ »[6] . وقال : « إذَا نَكَحَ العَبْدُ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِهِ ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ » .

الإنصاف

الحاكِمُ . أجابَ به المُصَنِّفُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وفيه نَظَرٌ . واعْلَمْ أنَّ هاتين المَسْأَلَتَين وأشْباهَهما حُكْمُهما حُكْمُ بَيْعِ الفُضُولِىِّ ، على ما تقدَّم فى بابِ البَيْعِ . ذكَرَه الأصحابُ .

(١ - ١) سقط من : م .
(٢) سقط من : م .
(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢١ .
(٤) فى الأصل : « حسبه » .
(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .
(٦) تقدم تخريجه فى ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

الشرح الكبير

رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه[1] . إلَّا أنَّ أبا داودَ قال : هو مَوْقُوفٌ على ابنِ عمرَ . ولأنَّه عَقْدٌ لا تَثْبُتُ فيه أحْكامُه ؛ مِن الطَّلاقِ ، والخُلْعِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، فلم يَنْعقِدْ ، كنِكاحِ المُعْتَدَّةِ . فأمَّا حديثُ المرأةِ التى خيَّرَها رسولُ اللهِ ﷺ ، فهو مُرْسَلٌ عن عِكْرِمَةَ ، رَواه النَّاسُ كذلك ، ولم يذْكُروا ابنَ عباسٍ . قالَه أبو داودَ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّ هذه المرأةَ هى التى قالت : زَوَّجَنِى أبى مِن ابنِ أخِيه ليَرْفَعَ بى[2] خَسِيسَتَه . فخَيَّرَها[3] لتَزْوِيجِها مِن غيرِ كُفْئِها ، وهذا يُثْبِتُ الخِيارَ ، ولا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، والوَصِيَّةُ يَتَراخَى فيها القَبُولُ ، وتَجُوزُ بعدَ الموتِ ، فهى مَعْدُولٌ بها عن سائرِ التَّصَرُّفاتِ . ولا تَفْرِيعَ على هذه الرِّوايَةِ لوُضُوحِها . فأمَّا على الرِّوايَةِ الأُخْرَى ، فإنَّ [١٠١/٦ظ] الشَّهادَةَ تُعْتَبَرُ فى العَقْدِ ؛ لأنَّها شَرْطٌ له ، فيُعْتَبَرُ وُجُودُها معه ، كالقَبُولِ ، ولا تُعْتَبَرُ فى الإِجازَةِ ؛ لأنها ليست بعَقْدٍ ، ولأنَّها إذا وُجِدَت ، اسْتَنَد المِلْكُ إلى حالَةِ العَقْدِ ، حتى لو كان فى الصَّداقِ نَماءُ مِلْكٍ مِن حينِ العَقْدِ لا مِن حينِ الإِجازَةِ . وإن مات أحَدُهما قبلَ الإِجازَةِ ، لم يَرِثْه الآخَرُ ؛ لأنَّه (٤مات قبلَ تَمامِ العَقْدِ وصِحَّتِه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إن كان مِمَّا لو رَجَع إلى الحاكِمِ أجازَه ، وَرِثَه الآخَرُ ؛ لأنَّه٤) عَقْدٌ تَلْزَمُه

الإنصاف ....

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب نكاح العبد بغير إذن مواليه ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٣٦٠ . كما أخرجه الدارمى ، فى : باب فى العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٢ . وانظر ضعيف سنن أبى داود ٢٠٢ .

(٢) فى م : « به » .

(٣) فى م : « فتخييرها » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

الشرح الكبير

إجازَتُه ، فهو كالصَّحِيحِ ، وإن كان ممَّا لا يُجِيزُه ، لم يَرِثْه .

فصل : ومتى تزَوَّجَتِ المرأةُ بغيرِ إذْنِ وَلِيِّها ، أو الأمَةُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، فقد ذَكَرَه أصحابُنا مِن (١)الصُّوَرِ التى فيها الرِّوايتان(١) . قال شَيْخُنا[٢] : والصَّحيحُ عندِى أنَّه لا يَدْخُلُ فيها ؛ لتَصْرِيحِ النبىِّ ﷺ فيه بالبُطْلانِ . ولأنَّ الإجازَةَ إنَّما تكونُ لعَقْدٍ صَدَر مِن أهْلِه فى مَحَلِّه ، فأمَّا ما لم يَصْدُرْ مِن الأهْلِ ، كالذى عَقَدَه المَجْنُونُ أو الطِّفْلُ ، فلم يَقِفْ على الإجازَةِ ، وهذا عَقْدٌ لم يَصْدُرْ مِن أهْلِه ، فإنَّ المرأةَ ليست أهْلًا له ، بدَلِيلِ أنَّه لو أذِنَ لها فيه ، لم يَصِحَّ (٣)منها ، وإذا لم يَصِحَّ(٣) مع الإذْنِ المُقارِنِ ، فلأن لا يَصِحَّ بالإجازَةِ المُتأَخِّرَةِ أوْلَى . ولا تَفْرِيعَ على هذا القولِ . فأمَّا على القَوْلِ الآخَرِ ، فمتى تَزَوَّجَتِ المرأةُ[٤] بغيرِ إذْنِ الوَلِىِّ ، فرُفِع إلى الحاكمِ ، لم يَمْلِكْ إجازَتَه ، والأمْرُ فيه إلى الوَلِىِّ ، فمتى رَدَّه بَطَلَ ؛ لأنَّ مَن وَقَف الحُكْمُ[٥] على إجازَتِه ، بَطَل برَدِّه ، كالمرأةِ إذا زُوِّجَتْ بغيرِ إذْنِها . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه إذا كان الزَّوْجُ كُفْئًا ، أمَرَ الحاكِمُ الوَلِىَّ بإجازَتِه ، فإن لم

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو تزَوَّجَ الأجْنَبِىُّ لغيرِه بغيرِ إذْنِه ، قيل : هو كفُضُولِىٍّ ، فيه الخِلافُ المُتقدِّمُ . وقيل : لا يَصِحُّ هنا . قوْلًا واحِدًا ، كذِمَّتِه . قلتُ : هى بمَسْأَلَةِ الفُضُولِىِّ أقْرَبُ ، فتُلْحَقُ بها . وأطْلَقهما فى « المُسْتَوْعِبِ » ،

(١ - ١) فى م : « الروايتين » .

(٢) فى : المغنى ٣٨١/٩ .

(٣ - ٣) سقط من : م . وسقطت الواو فى : « وإذا » من الأصل .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى الأصل : « الحاكم » ، وفى م : « بالحكم » . وانظر المغنى ٣٨١/٩ .

الشرح الكبير

يَفْعَلْ ، أجازَه الحاكمُ ؛ لأنَّه لو[1] امْتَنعَ [2]مِن الإجازَةِ[2] صارَ عاضِلًا ، فانْتَقَلَتِ الوِلايةُ عنه إلى الحاكمِ ، كما[3] فى ابْتِداءِ العَقْدِ . ومتى حَصَلَتِ الإصابَةُ قبلَ الإجازَةِ ثم أُجِيزَ ، فالمَهْرُ واحدٌ ؛ إمَّا المُسَمَّى ، وإما مَهْرُ المِثْلِ إن لم يَكُنْ مُسَمًّى ؛ فإنَّ الإجازَةَ مُسْتَنِدَةٌ إلى حالَةِ العَقْدِ ، فيَثْبُتُ الحِلُّ والمِلْكُ مِن حينِ العَقْدِ ، كما ذَكَرْنا فى البَيْعِ ، ولذلك لم يَجِب الحَدُّ . ومتى تزَوَّجَتِ الأمَةُ بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، ثم خرَجَتْ مِن مِلْكِه قبلَ الإجازَةِ إلى مَن تَحِلُّ له ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ؛ لأنَّه قد طَرَأَتِ اسْتِباحَةٌ صَحِيحَةٌ على مَوْقُوفَةٍ فأبْطَلَتْها ؛ لأنَّها أقْوَى فأزالَتِ الأضْعَفَ ، كما لو طَرَأَ مِلْكُ اليَمِينِ على مِلْكِ النِّكاحِ . وإن خرَجَتْ إلى مَن لا[3] تَحِلُّ له ، كالمرأةِ أو اثْنَيْن[4] ، فكذلك أيضًا ؛ لأنَّ العَقْدَ إذا وَقَف على إجازَةِ شَخْصٍ ، لم يَجُزْ بإجازَةِ غيرِه ، كما لو باعَ أمَةَ غيرِه ثم باعَها المالِكُ ، فأجاز[5] المُشْتَرِى الثانى بَيْعَ[6] الأجْنَبِىِّ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه يَجُوزُ بإجازَةِ المالكِ الثانى ؛ لأنَّه يَمْلِكُ ابْتِداءَ العَقْدِ ، فمَلَكَ إجازَتَه ، كالأوَّلِ . ولا فَرْقَ بينَ أن تَخْرُجَ ببَيْعٍ أو هِبَةٍ أو إرْثٍ أو غيرِه . فأمَّا إن أعْتَقَها السَّيِّدُ ، احْتَمَلَ

الإنصاف

و « الفُروعِ » . وعلى كلا الطَّريقَيْن ، لا يَصِحُّ النِّكاحُ ، على الصَّحيحِ . الثَّانيةُ ،

---

(1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) سقط من : م .

(3) سقط من : م .

(4) فى م : « اثنتين » .

(5) فى م : « فأجازها » .

(6) فى م : « مع » .

المقنع

وَوَكِيلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ يَقُومُ مَقَامَهُ وَإِنْ كَانَ حَاضِرًا ، وَوَصِيُّهُ

الشرح الكبير

أن يَجُوزَ النِّكاحُ ؛ لأنَّه إنَّما وَقَف لحَقِّ الوَلِىِّ[1] ، فإذا أعْتَق سَقَط حَقُّه ، فصَحَّ ، واحْتَمَلَ أن لا يَجُوزَ ؛ لأنَّ إبْطالَ [١٠٢/٦و] حَقِّ الوَلِىِّ ليس بإجازَةٍ ، ولأنَّ حَقَّ المَوْلَى إن بَطَل مِن المِلْكِ ، لم يَبْطُلْ مِن وِلايةِ التَّزْوِيجِ ، فإنَّه يَلِيها بالوَلاءِ .

فصل : وإذا زُوِّجَتِ[2] التى يُعْتَبَرُ إذْنُها بغيرِ إذْنِها ، وقُلْنا : يَقِفُ على إجازَتِها . فإجازَتُها بالنُّطْقِ ، أو ما يَدُلُّ على الرِّضَا ؛ مِن التَّمْكِينِ مِن الوَطْءِ والمُطالَبَةِ بالمَهْرِ و[3] النَّفَقةِ . ولا فَرْقَ فى ذلك بينَ البِكْرِ والثَّيِّبِ ؛ لأنَّ أدِلَّةَ الرِّضَا تقُومُ مَقامَ النُّطْقِ به ، ولذلك قال النبىُّ ﷺ لبَرِيرَةَ : « إنْ وَطِئَكِ زَوْجُكِ ، فَلَا خِيارَ لَكِ »[4] . جَعَل تَمْكِينَها دَلِيلًا على إسْقاطِ حَقِّها ، والمطالَبَةُ بالمَهْرِ و[3] النَّفَقةِ والتَمْكِينُ مِن الوَطْءِ دليلٌ على الرِّضَا ؛ لأنَّ ذلك مِن خَصائِصِ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فوُجُودُه مِن المرأةِ دليلُ رِضاها به .

٣١١٨ – مسألة : (ووَكِيلُ كلِّ واحِدٍ مِن هؤلاءِ يَقُومُ مَقامَه وإن

الإنصاف

لو زَوَّج الوَلِىُّ مُوَلِّيَته التى يُعْتَبَرُ إذْنُها بغيرِ إذْنِها ، فهو كتَزْوِيجِ الأجْنَبِىِّ بغيرِ إذنِ الوَلِىِّ . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه .

قوله : ووَكِيلُ كُلِّ واحِدٍ مِن هؤلاءِ يقُومُ مَقامَه وإنْ كان حاضِرًا . الصَّحيحُ

---

(١) فى م : « المولى » .

(٢) فى م : « تزوجت » .

(٣) فى م : « أو » .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣١٨/١١ وليس صحيحا ، فالحديث أخرجه أبو داود ، فى : باب حتى متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥١٨/١ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى =

المقنع

فِى النِّكَاحِ بِمَنْزِلَتِهِ .

الشرح الكبير

كان حاضِرًا ، ووَصِيُّه فى النِّكاحِ بمَنْزِلَتِه) يَجُوزُ التَّوْكِيلُ فى النِّكاحِ ، سَواءٌ كان الوَلِىُّ حاضِرًا أو غائِبًا ، مُجْبِرًا أو غيرَ مُجْبِرٍ ؛ لأنَّه رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ وَكَّلَ أبا رافِعٍ فى تَزْوِيجِه مَيْمُونَةَ ، ووَكَّلَ عَمْرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِىَّ فى تَزْوِيجِه أُمَّ حَبِيبَةَ[1] . ولأنه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فجازَ التَّوْكيلُ [2]فيه كالبَيْعِ[2] . ولأصحابِ الشافعىِّ فى تَوْكِيلِ غيرِ الأبِ والجَدِّ وَجْهان ؛ أحَدُهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنَّه يَلِى بالإِذْنِ ، فلم يَجُزْ له التَّوْكِيلُ ، كالوَكِيلِ . ولَنا ، أنَّه يَلِى شَرْعًا ، فكان له التَّوْكِيلُ كالأب ، ولا يَصِحُّ قولُهم : إنَّه يَلِى بالإِذْنِ . فإنَّ وِلايَتَه ثابِتَةٌ قبلَ إذْنِها ، وإنَّما إذْنُها[3] شَرْطٌ لِصِحَّةِ تَصَرُّفِه ، فأشْبَهَ وِلايَةَ الحاكِمِ عليها ، ولا خِلافَ فى أنَّ للحاكِمِ أن يَسْتَنِيبَ فى التَّزْوِيجِ مِن غيرِ إذْنِ المرأةِ ، ولأنَّ المرأةَ لا وِلايَةَ لها على نَفْسِها ، فكيف تَثْبُتُ لنائِبِها[4] مِن قِبَلِها !

الإنصاف

مِن المذهبِ جَوازُ الوَكالَةِ فى النِّكاحِ ، وجَوازُ تَوْكيلِ الوَلِىِّ ؛ سواءٌ كان مُجْبِرًا أو غيرَ مُجْبِرٍ ، أبًا كان أو غيرَه ، بإذْنِ الزَّوْجَةِ وبغيرِ إذْنِها . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » ، ونَصراه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » فى هذا البابِ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » فى بابِ الوَكالَةِ ، و « النَّظْمِ » ،

= ٢٩٤/٣ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٢٥/٧ . والتخريج المتقدم يأتى فى حديث آخر فى صفحة ٢٥١ .

(١) تقدم تخريج حديث أبى رافع فى ٣٢٦/٨ ، وحديث عمرو بن أمية فى ٤٣٦/١٣ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « إذنه » .

(٤) فى م : « الإنابة » .

الشرح الكبير

فصل : ويَجُوزُ التوكيلُ مُطْلقًا ومُقَيَّدًا ، فالمُقَيَّدُ التوكيلُ فى تَزْوِيجِ رجلٍ بعَيْنِه ، والمُطْلَقُ التَّوكيلُ فى تَزْوِيجِ مَن يَرْضاه أو مَن شاءَ . قال أحمدُ ، فى رِوايةِ عبدِ اللهِ ، فى الرجلِ يُوَلِّى على أُخْتِه أو[1] ابْنَتِه ، يقولُ : إذا وَجَدْتَ مَن تَرْضَاه[2] فزَوِّجْه . فتَزْوِيجُه جائِزٌ . ومَنَع بعضُ الشافعيةِ التوكيلَ المُطْلَقَ . ولا يَصِحُّ ؛ فإنَّه رُوِىَ أنَّ رجلًا مِن العَرَبِ تَرَكَ ابْنَتَه عندَ عمرَ وقال : إذا وَجَدْتَ لها كُفْئًا فزَوِّجْه ، ولو بشِراكِ نَعْلِه . فزَوَّجَها عمرُ[3] عثمانَ بنَ عَفَّانَ ، [4]فهى أُمُّ عمرَ بنِ عثمانَ[5] . واشْتَهَرَ ذلك فلم يُنْكَرْ . ولأنَّه إذْنٌ فى النِّكاحِ ، فجازَ مُطْلَقًا ، كإذْنِ المرأةِ ، أو عَقْدٌ[4] ،

الإنصاف

و « الفائقِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا اخْتِيارُ الشَّيْخَيْن وغيرِهما . وقيل : لا يُوَكِّلُ غيرَ مُجْبِرٍ بلا إذْنِها إلَّا الحاكِمُ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » فى بابِ الوَكالَةِ ، فتَناقَضَ . وخرَّج القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » هذه على الرِّوايتَيْن فى تَوْكيلِ الوَكيلِ مِن غيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ ، وقالا : مَن لا يجوزُ له الإجْبارُ ، يكونُ كالوَكيلِ فى التَّوْكيلِ . وردَّه المُصَنِّفُ . والشَّارِحُ . وقال فى « التَّرْغيبِ » : لو مَنعَتِ الوَلِىَّ مِن التَّوْكِيلِ ، امْتنَعَ . ورَدَّه المُصَنِّفُ أيضًا وغيرُه . وقيل : لا يُوَكِّلُ مجْبِرٌ أيضًا بلا إذْنِها ، إنْ كان لها إذْنٌ مُعْتَبَرَةٌ . ذكَرَه فى « الرِّعايتَيْن » .

فوائد ؛ الأُولَى ، يجوزُ التَّوْكيلُ مُطْلَقًا ومُقَيَّدًا ؛ فالمُطْلَقُ مثلُ أنْ يُوَكِّلَه فى

---

(١) فى م : « و » .

(٢) فى م : « أرضاه » .

(٣) فى الأصل : « من » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) ذكر ابن حجر فى ترجمة أم أبان بنت جندب بن عمرو أن الزبير ذكر لها قصة فى تزويج عمر إياها عثمان =

الشرح الكبير فجازَ التَّوْكِيلُ فيه مُطْلَقًا كالبَيْعِ[1] .

فصل : ولا يُعْتَبَرُ فى صِحَّةِ[2] الوَكالَةِ إذْنُ المرأةِ فى التَّوْكِيلِ ، سَواءٌ كان المُوَكِّلُ أبًا أو غيرَه . ولا يَفْتَقِرُ إلى حُضُورِ[3] شاهِدَيْن . وقال بعضُ الشافعيةِ : لا يَجُوزُ لغيرِ المُجْبِرِ التَّوْكيلُ إلَّا بإذْنِ المرأةِ . وخَرَّجَه القاضى على الرِّوايَتَيْن فى تَوْكِيلِ الوَكيلِ مِن غيرِ إذْنِ المُوَكِّلِ . وحُكِىَ عن الحسنِ بنِ صالحٍ ، أنَّه لا يَصِحُّ إلَّا بحَضْرَةِ شاهِدَيْن ؛ لأنَّه يُرادُ لحِلِّ الوَطْءِ ، فافْتَقَرَ إلى الشَّهادَةِ ، كالنِّكاحِ . ولَنا ، أنَّه إذْنٌ مِن الوَلِىِّ فى التَّزْويجِ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إذْنِ المرأةِ ولا إشْهادٍ ، كإذْنِ الحاكمِ . وقد بَيَّنَّا أنَّ الوَلِىَّ ليس بوَكِيلِ المرأةِ ، ولو كان [٦/١٠٢ظ] وَكِيلَها لتَمَكَّنَتْ مِن عَزْلِه ، وهذا التَّوْكِيلُ لا يُمْلَكُ به البُضْعُ ، فلم يَفْتَقِرْ إلى إشْهادٍ ، بخِلافِ النِّكاحِ . ويَبْطُلُ ما ذَكَره الحسنُ بنُ صالحٍ بالتَّوْكِيلِ فى شِراءِ الإماءِ للتَّسَرِّى .

الإنصاف تَزْويجِ مَن يَرْضاه ، أو مَن يشاءُ ، ونحوِهما . والمُقَيَّدُ [٣/١٥ظ] مِثْلُ أنْ يُوَكِّلَه فى تَزْويجِ رجُلٍ بعَيْنِه ونحوِه . وهذا المذهبُ . نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الكافِى » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » ،

= ابن عفان . الإصابة ١٧٤/٨ . وذكر ابن سعد أنها أم عمرو بنت جندب بن عمرو . الطبقات الكبرى ١٥١/٥ . وكذا الطبرى فى تاريخه ٤٢٠/٤ .

(١) فى م : « كالمبيع » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « حصول » .

الشرح الكبير

فصل : ويَثْبُتُ للوَكيلِ ما يَثْبُتُ للمُوَكِّلِ ، فإن كان للوَلِىِّ[1] الإجْبارُ ، ثَبَت ذلك لوَكِيلِه ، وإن كانت وِلايَتُه وِلايةَ مُراجَعَةٍ ، احْتاجَ الوَكيلُ إلى مُراجَعَةِ المرأةِ ؛ لأنَّه نائِبٌ فيَثْبُتُ له مثلُ ما يَثْبُتُ للمَنُوبِ عنه .

الإنصاف

و « الفُروعِ » . وقيل : يُعْتَبرُ التَّعيينُ لغيرِ المُجْبِرِ . وقيل : يُعْتَبرُ التَّعْيينُ للمُجْبِرِ وغيرِه . الثَّانيةُ ، ما قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ حَمْدانَ ، وغيرُهم ؛ أنَّه يثْبُتُ للوَكِيلِ مثْلُ ما يثْبُتُ للمُوَكِّلِ ؛ فإنْ كان له الإجْبارُ ، ثبَت لوَكِيلِه . وإنْ كانتْ وِلايَتُه وِلايَةَ مُراجعَةٍ ، احْتاجَ الوَكِيلُ إلى إذْنِها ومُراجَعَتِها فى زَواجِها ؛ لأنَّه نائبٌ عنه ، فيَثْبُتُ له مثْلُ ما يثْبُتُ لمَن ينُوبُ عنه . وكذا الحُكْمُ فى السُّلْطانِ والحاكِمِ يأْذَنُ لغيرِه فى التَّزْويجِ ، فيكونُ المَأْذُونُ له قائمًا مَقامَه . وقال المُصَنِّفُ والشَّارِحُ ، فى بابِ الوَكالَةِ : والذى يُعْتَبرُ إذْنُها فيه للوَكِيلِ هو غيرُ ما يُوَكِّلُ فيه المُوَكِّلُ ؛ بدَليلِ أنَّ الوَكِيلَ لا يسْتَغْنِى عن إذْنِها فى التَّزْويجِ ، فهو كالمُوَكِّلِ فى ذلك . وتقدَّمَ التَّنْبيهُ على ذلك فى بابِ الوَكالَةِ . الثَّالثةُ ، يُشْترَطُ فى وكيلِ الوَلِىِّ ما يُشْتَرَطُ فى الوَلِىِّ نفْسِه . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . فلا يصِحُّ أنْ يكونَ الوَكِيلُ[2] فاسِقًا ونحوَه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقيل : يصِحُّ توْكِيلُ فاسِقٍ وعَبْدٍ وصَبِىٍّ مُمَيِّزٍ . ولا يُشْترَطُ فى وَكِيلِ الزَّوْجِ عدَالَتُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هو أوْلَى ، وهو القِياسُ ، وهو ظاهِرُ كلامِ طائفَةٍ مِن الأصحابِ . وقدَّمه فى « الكافِى » . وقيل : تُشْتَرَطُ عَدالَتُه . اخْتارَه القاضى . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » . قال فى « التَّلْخيصِ » :

(١) فى م : « للمولى » .

(٢) فى ط : « الولى » .

الشرح الكبير

وكذلك الحكمُ فى السلطانِ والحاكِمِ يَأْذَنُ لغيرِه فى التَّزْوِيجِ ، فيكونُ المأْذُونُ له قائِمًا مَقامَه .

الإنصاف

اخْتارَه أصحابُنا ، إلَّا ابنَ عَقِيلٍ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » ، و « الحاوِيَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الفائقِ » . وقد تقدَّم ذلك فى أوائلِ بابِ الوَكالَةِ . الرَّابعةُ ، يتقيَّدُ الوَلِىُّ ووَكِيلُه المُطْلَقُ بالكُفْءِ إنِ اشْتُرِطَتِ الكَفاءَةُ . ذكَرَه فى « التَّرْغِيبِ » . الخامسةُ ، ليس للوَكِيلِ المُطْلَقِ أنْ يتزَوَّجَها لنفْسِه ، فإنْ فعَل ، فهو كتَزْوِيجِ الفُضُولِىِّ ، على ما تقدَّم . قال فى « القاعِدَةِ السَّبْعِين » : ليس له ذلك على المَعْروفِ مِنَ المذهبِ . وحكَى ابنُ أبِى مُوسى ، أنَّه إنْ أُذِنَ له الوَلِىُّ فى التَّوْكِيلِ ، فوَكَّلَ غيرَه فزَوَّجَه ، صحَّ . وكذا إنْ لم يَأْذَنْ له ، وقُلْنا : للوَكِيلِ أنْ يُوَكِّلَ مُطْلَقًا . وأمَّا مَن وِلايَتُه بالشَّرْعِ ؛ كالوَلِىِّ والحاكمِ وأمِينِه ، فله أنْ يُزَوِّجَ نفْسَه ، ولو قُلْنا : ليس لهم أنْ يشْتَروا مِنَ المالِ . ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » ، وأَلْحَقَ الوَصِىَّ بذلك . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الأُصُولِيَّةِ » : وفيه نظَرٌ ؛ فإنَّ الوَصِىَّ يُشْبِهُ الوَكِيلَ لتَصَرُّفِه بالإذْنِ . قال : وسواءٌ فى ذلك اليَتِيمَةُ وغيرُها . صرَّح به القاضى فى ذلك ، وذلك حيث يكونُ لها إذْنٌ مُعْتَبَرٌ . انتهى . ويجوزُ تَزْوِيجُ الوَكِيلِ لوَلَدِه . السَّادِسةُ ، يُعْتَبَرُ أنْ يقولَ الوَلِىُّ ، أو وَكِيلُه لوَكِيلِ الزَّوْجِ : زوَّجْتُ فُلانَةَ لفُلانٍ . أو : زوَّجْتُ مُوَكِّلَكَ فُلانًا فُلانَةَ . ولا يقولُ : زوَّجْتُها منكَ . ويقولُ الوَلِىُّ : قَبِلْتُ تَزْوِيجَها . أو : نِكاحَها لفُلانٍ . فإنْ لم يقُلْ : لفُلانٍ . فوَجْهان فى « التَّرْغِيبِ » ، وتابعَه فى « الفُروعِ » . وقال فى « الرِّعايَةِ » : إنْ قال : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . ونوَى أنَّه قَبِلَه لمُوَكِّلِه ولم يذْكُرْه ، صحَّ . قلتُ : يَحْتَمِلُ ضِدَّه ، بخِلافِ البَيْعِ . انتهى . وتقدَّم ذلك أيضًا فى أوائلِ بابِ الوَكالَةِ .

قوله : ووَصِيُّه فى النِّكاحِ بمَنْزِلَتِه . فتُسْتَفادُ وِلايَةُ النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ إذا نصَّ على

المقنع

وَعَنْهُ ، لَا تُسْتَفَادُ وِلَايَةُ [٢٠٤و] النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ عَصَبَةٌ .

الشرح الكبير

فصل : واخْتَلَفَتِ الرِّوايَةُ عن أحمدَ ، هل تُسْتَفادُ وِلايَةُ النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ ؟ فرُوِىَ أنها تُسْتَفادُ بها . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . وهذا قولُ الحسنِ ، وحَمَّادِ بنِ أبى سليمانَ ، ومالكٍ . (و) رُوِىَ (عنه ، لا تُسْتَفادُ بالوَصِيَّةِ) وبه قال الثَّوْرِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والحارِثُ العُكْلِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّها وِلايَةٌ تَنْتَقِلُ إلى غيرِه شَرْعًا ، فلم يَجُزْ[1] أن يُوصِىَ بها ، كالحَضانَةِ ، ولأنَّه لا ضَرَرَ على الوَصِىِّ فى تَضْيِيعِها ووَضْعِها عندَ مَن لا يُكافِئُها ، فلا تَثْبُتُ له الوِلايَةُ كالأجْنَبِىِّ ، ولأنَّها وِلايَةُ نِكاحٍ ، فلم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بها ، كوِلايَةِ الحاكمِ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ : إن كان لها عَصَبَةٌ ، لم تَجُزِ الوَصِيَّةُ بنِكاحِها ؛ لأنَّه

الإنصاف

التَّزْويجِ ، كالأبِ . صرَّح به فى « الكافِى » وغيرِه . ويُجْبِرُ مَن يُجْبِرُه المُوصِى . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ؛ منهم الخِرَقِىُّ ، والقاضى ، وابنُه أبو الحُسَيْنِ ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ فيهما . وقيل : ليس له أنْ يُجْبِرَ ، فلا يُزَوِّجَ مَن لا إذْنَ لها . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ أبى مُوسى . قالَه فى « الفُروعِ » . وعنه ، لا تُسْتَفادُ ولايَةُ النِّكاحِ بالوَصِيَّةِ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، كالحَضانَةِ . قالَه فى

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

يُسْقِطُ حَقَّهم بوَصِيَّتِه ، وإن لم يَكُنْ عَصَبَةٌ ، جازَ لعدَمِ ذلك . ولَنا ، أنَّها وِلايةٌ ثابتةٌ[1] للأبِ ، فجازَتْ وَصِيَّتُه بها ، كوِلايَةِ المالِ ، وما ذَكَرُوه يَبْطُلُ بوِلايةِ المالِ ، ولأنَّه يَجُوزُ أن يَسْتَنِيبَ فيها فى حَياتِه ، فيكونُ نائبُه قائمًا مَقامَه ، فجازَ أن يَسْتَنِيبَ فيها بعدَ مَوْتِه ، كوِلايةِ المالِ . فعلى هذا ، تَجُوزُ الوَصِيَّةُ بالنِّكاحِ مِن كلِّ ذِى وِلايةٍ ، سَواءٌ كان مُجْبِرًا كالأبِ ، أو غيرَ مُجْبِرٍ كالأخِ ، ووَصِىُّ كُلِّ وَلِىٍّ يَقُومُ مَقامَه ، فإن كان الوَلِىُّ له الإِجْبارُ ، فكذلك لوَصِيِّه . وإن كان يَحْتاجُ إلى إذْنِها فوَصِيُّه كذلك ؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَه ، فهو كالوَكِيلِ . وقال مالكٌ : إن عَيَّنَ الأبُ الزَّوْجَ ، مَلَكَ[2] إجْبارَها ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، وإن لم يُعَيِّنِ الزَّوْجَ ، وكانت بِنْتُه كبيرةً ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ ، واعْتُبِرَ إذْنُها ، وإن كانت صَغِيرةً ، انْتَظَرْنا بُلُوغَها ، فإذا أَذِنَتْ ، جازَ أن يُزَوِّجَها بإذْنِها . ولَنا ، أنَّ مَن مَلَكَ التَّزْوِيجَ إذا عُيِّنَ له الزَّوْجُ ، مَلَكَ مع الإِطْلاقِ ، كالوكيلِ ، ومتى زَوَّجَ وَصِىُّ الأبِ الصغيرةَ فبَلَغَتْ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ الوَصِىَّ قائِمٌ مَقامَ المُوصِى ، فلم يَثْبُتْ فى تَزْوِيجِه خِيارٌ ، كالوَكيلِ .

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « الكافِى » . ومالَ ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِى الفُروعِ » إلى صِحَّةِ الوَصِيَّةِ بالحَضانَةِ ، وأخَذَه[3] مِن تَعْليلِ المُصَنِّفِ أيضًا . وعنه ، لا تُسْتَفادُ بالوَصِيَّةِ إذا كان للمُوصِى عَصَبَةٌ . حَكاها القاضى [٣/١٦و] فى « الجامعِ

(١) سقط من : م .
(٢) أى الوصى . وانظر المغنى ٩/٣٦٦ .
(٣) فى ط ، ا : « وأخذ » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن لم تَثْبُتْ له الوِلايَةُ ، لا يَصِحُّ تَوْكِيلُه ؛ لأنَّ وكيلَه قائِمٌ مَقامَه ، فإن وَكَّلَه الوَلِىُّ[1] فى تَزْوِيجِ مُوَلِّيَتِه ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّها وِلايَةٌ ، وليس هو مِن أهْلِها ، ولأنَّه لمَّا لم يَمْلِكْ تَزْوِيجَ مُناسِبَتِه بوِلايةِ النَّسَبِ ، فلأن لا يَمْلِكَ تَزْوِيجَ[2] مُناسِبَةِ غيرِه بالتَّوْكيلِ أوْلَى . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ تَوْكِيلُ العَبْدِ والفاسِقِ والصَّبِىِّ المُمَيِّزِ فى العَقْدِ ؛ لأنَّهم مِن أهلِ اللَّفْظِ به ، وعِباراتُهم فيه صَحِيحَةٌ ، ولذلك صَحَّ[3] قَبُولُهم النِّكاحَ لأنْفُسِهم ، وإنَّما سُلِبُوا [٦/١٠٣و] الوِلايَةَ ؛ لأنَّه يُعْتَبَرُ لها الكَمالُ ، ولا حاجَةَ إليه فى اللَّفْظِ . وإن وَكَّلَه الزَّوْجُ فى قَبُولِ النِّكاحِ ، صَحَّ ، وكذلك إن وَكَّلَه الأبُ فى قَبُولِ النِّكاحِ لابْنِه الصغيرِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ قَبُولُهم لأنْفُسِهم ، فجازَ أن

الإنصاف

الكَبِيرِ » . واخْتارَه ابنُ حامِدٍ . وتقدَّم التَّنْبِيهُ على ذلك فى أثْناءِ بابِ المُوصَى إليه .

فائدتان ؛ إحْداهما ، هل يسُوغُ للمُوصِى الوَصِيَّةُ به ، أو يُوَكِّلُ فيه ؟ قال فى « التَّرْغِيبِ » : فيه الرِّوايَتان المُتَقدِّمَتان . وقال فى « النَّوادِرِ » : ظاهِرُ المذهبِ جَوازُه . وتقدَّم فى بابِ المُوصَى إليه[4] ، هل للوَصِىِّ أنْ يُوصِىَ أم لا ؟ وفى بابِ الوَكالَةِ[5] ، هل له أنْ يُوَكِّلَ أم لا ؟ الثَّانيةُ ، حُكْمُ تَزْوِيجِ صَبِىٍّ صَغِيرٍ بالوَصِيَّةِ حُكْمُ تَزْوِيجِ الأُنْثَى بها . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . جزَم به فى « النَّوادِرِ » . وقالَه فى

---

(١) فى الأصل : « المولى » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) انظر ١٧/٤٨٣ .

(٥) انظر ١٣/٤٤٩ .

المقنع وَإِذَا اسْتَوَى الْأَوْلِيَاءُ فِى الدَّرَجَةِ ، صَحَّ التَّزْوِيجُ مِنْ كُلٍّ وَاحِدٍ

الشرح الكبير يَنُوبُوا فيه عن غيرِهم ، كالبَيْعِ . وقال بعضُ أصحابِنا : لا يَصِحُّ ؛ لأنَّه أحَدُ طَرَفَىِ العَقْدِ ، أشْبَهَ الإِيجابَ . والأوَّلُ أوْلَى .

٣١١٩ – مسألة : (وإذا اسْتَوَى الأوْلِياءُ فى الدَّرَجَةِ) كالإِخْوَةِ

الإنصاف « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهما . أعْنِى ، إذا أوْصَى إليه أنْ يُزَوِّجَه ، هل له أنْ يُجبِرَه ؟ قال الخِرَقِىُّ : ومَن زوَّج غُلامًا غيرَ بالِغٍ (١)أو مَعْتُوهًا(١) ، لم يَجُزْ إلَّا أنْ يُزَوِّجَه والِدُه ، أو وَصِىٌّ ناظِرٌ له فى التَّزْوِيجِ . وجزَم به الزَّرْكَشِىُّ . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ القاضى ، وصاحِبِ « المُحَرَّرِ » ، للوَصِىِّ مُطْلَقًا تَزْويجُه . يعْنِى ؛ سواءٌ كان وَصِيًّا فى التَّزْوِيجِ أو فى غيرِه . وجزَم به الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وأنَّه قوْلُهما ، أنَّ وَصِىَّ المالِ يُزَوِّجُ الصَّغِيرَ . قال فى « الفُروعِ » : والأوَّلُ أظْهَرُ ، كما لا يُزَوِّجُ الصَّغِيرَةَ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : يُزَوِّجُه ويُجْبِرُه ، بعدَ أبيه ، وَصِيُّه . وقيل : ثم الحاكِمُ . قلتُ : بل بعدَ الأبِ ، وهو أظْهَرُ . انتهى . وتقدَّم ، هل لسائرِ الأوْلِياءِ ، غيرِ الأبِ والوَصِىِّ ، تَزْويجُه أم لا ؟ بعدَ قوْلِه : ولا يجوزُ لسائرِ الأوْلِياءِ تَزْويجُ كبيرَةٍ إلَّا بإذْنِها .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، (٢)أنَّه لا خِيارَ(٢) للصَّبِىِّ إذا بلَغ . وهو كذلك . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ الإِمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والأصحابِ . وقال القاضِى : وجَدْتُ فى رُقْعَةٍ بخَطٍّ أبِى عَبْدِ اللهِ جَوابَ مسْأَلَةٍ ، إذا زوَّجَ الصَّغِيرَ وَصِيُّه ، ثبَت نِكاحُه وتَوارَثا ، فإنْ بلَغ ، فله الخِيارُ . انتهى .

قوله : وإذا اسْتَوَى الأوْلِياءُ فى الدَّرَجَةِ صحَّ التَّزْوِيجُ مِن كلٍّ واحِدٍ منهم – بلا

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢ – ٢) فى الأصل : « الإجبار » .

المقنع

مِنْهُمْ ، وَالْأَوْلَى تَقْدِيمُ أَفْضَلِهِم ثُمَّ أَسَنِّهِمْ ، ....

الشرح الكبير

والأعْمامِ وَبَنِيهِم (صَحَّ التَّزْوِيجُ مِن كلِّ واحِدٍ منهم) لأنَّ سَبَبَ الوِلايَةِ مَوْجُودٌ فى كلِّ[1] واحِدٍ منهم .

٣١٢٠ – مسألة : والأَوْلَى تَقْدِيمُ أكْبَرِهِم وأفْضَلِهم ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ لمَّا تَقدَّمَ إليه[1] مُحَيِّصَةُ وحُوَيِّصَةُ وعبدُ الرحمنِ بنُ سَهْلٍ ، فتَكَلَّمَ عبدُ الرحمنِ بنُ سَهْلٍ ، وكان أصْغَرَهُم ، فقال النبيُّ ﷺ : « كَبِّرْ كَبِّرْ » . أى قَدِّمِ الأكبرَ ، فتَكَلَّمَ حُوَيِّصَةُ[2] . ولأنَّه أحْوَطُ للعَقْدِ فى

الإنصاف

نِزاعٍ – والأَوْلَى تَقْدِيمُ أفْضَلِهم ، ثم أسَنِّهم ، ثم يُقْرَعُ . هذا المذهبُ . جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . قال فى « الرِّعايَةِ » : قُدِّمَ الأفْضَلُ فى العِلْمِ والدِّينِ والوَرَعِ ، والخِبْرَةِ[3] بذلك ، ثم الأسَنُّ ، ثم مَن

---

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الموادعة والمصالحة مع المشركين ... ، من كتاب الجزية ، وفى : باب إكرام الكبير ... ، من كتاب الأدب ، وفى : باب القسامة ، من كتاب الديات ، وفى : باب الشهادة على الخط المختوم ، وباب كتاب الحاكم إلى عماله ...، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٢٣/٤ ، ٤١/٨ ، ١١/٩ ، ٨٣ ، ٩٣ ، ٩٤ . ومسلم ، فى : باب القسامة ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ١٢٩١/٣ ، ١٢٩٥ . وأبو داود ، فى : باب القتل بالقسامة ، وباب فى ترك القود فى القسامة ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٨٤/٢ – ٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى القسامة ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ١٩٢/٦ – ١٩٤ . والنسائى ، فى : باب تبدئة أهل الدم فى القسامة ، وباب ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر سهل فيه ، من كتاب القسامة . المجتبى ٦/٨ – ١٢ . وابن ماجه ، فى : باب القسامة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٢/٢ ، ٨٩٣ . والإمام مالك ، فى : باب تبدئة أهل الدم فى القسامة ، من كتاب القسامة . الموطأ ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٤ ، ٣ ، ١٤٢ .

(٣) فى ط : « الخير » .

المقنع

فَإِنْ تَشَاحُّوا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ سَبَقَ غَيْرُ مَنْ وَقَعَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ فَزَوَّجَ، صَحَّ فِى أَقْوَى الْوَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

اجْتِماعِ شُرُوطِه ، والنَّظَرِ فى الحَظِّ (فإن تَشَاحُّوا ، أُقْرِعَ بينَهم) لأنَّهم تَساوَوْا فى الحَقِّ ، وتَعذَّرَ الجَمْعُ ، فيُقْرَعُ بينَهم ، كالمرأتَين ، وقد كان النبىُّ ﷺ إذا أرادَ سَفَرًا أَقْرَعَ بينَ نِسائِه[1] ؛ لتَساوِى حُقُوقِهِنَّ . كذا هذا .

٣١٢١ - مسألة : (فإن سَبَق غيرُ مَن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ فزَوَّجَ ، صَحَّ) تَزْوِيجُه (فى أقْوَى الوَجْهَيْن) إذا زَوَّجَ كُفْئًا بإذْنِ المرأةِ ؛ لأنَّه تَزْوِيجٌ صَدَر مِن وَلِىٍّ كامِلِ الوِلايةِ بإذْنِ مُوَلِّيَتِه ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَ ، وإنَّما القُرْعَةُ لإِزالَةِ المُشَاحَّةِ[2] . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّه لا يَصِحُّ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ [3]لأنَّه بالقُرْعَةِ صار أَوْلَى[3] ، فلم يَصِحَّ تَزْوِيجُه ، كالأبْعَدِ مع الأقْرَبِ .

الإنصاف

قَرَعَ . انتهى . وقال ابنُ رَزِينٍ فى « مُخْتَصَرِه » : يُقَدَّمُ الأَسَنُّ ، ثم الأفْضَلُ ، ثم القُرْعَةُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، يقْتَضِى أنَّه لا أثَرَ للسِّنِّ هنا ، وأصحابُنا قد اعْتَبرُوه .

قوله : فإنْ تَشاحُّوا ، أُقْرِعَ بينَهم ، فإنْ سبَق غيرُ مَن وقَعَتْ له القُرْعَةُ فزَوَّج ، صَحَّ فى أقْوَى الوَجْهَين . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ،

---

(١) تقدم تخريجه فى ١٠/٣٢ .

(٢) فى م : « المشاحنة » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ زَوَّجَ اثْنَانِ ، وَلَمْ يُعْلَمِ السَّابِقُ مِنْهُمَا ، فُسِخَ النِّكَاحَانِ .

الشرح الكبير

٣١٢٢ – مسألة : (وإذا زَوَّجَ) الوَلِيَّان (اثْنَيْن ، و لم يُعْلَمِ السَّابِقُ منهما ، فُسِخَ النِّكَاحان) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ المرأةَ إذا كان لها وَلِيَّان ، فأذِنَتْ

الإنصاف

و « الحاوِى » . وهو المذهبُ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » : صحَّ فى أصحِّ الوَجْهَين . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » : صحَّ فى الأصحِّ . قال النَّاظِمُ : هذا أظْهَرُ الوَجْهَين . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتخَبِ الأدَمِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يصِحُّ . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ ومَن بعدَه .

تنبيه : محَلُّ الخِلافِ ، إذا أذِنَتْ لهم . فأمَّا إنْ أذِنَتْ لواحدٍ منهم ، تعَيَّنَ ، و لم يصِحَّ نِكاحُ غيرِه . جزَم به فى « الفُروعِ » وغيرُه مِن الأصحابِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » : وعنه ، إنْ أجازَه مَن عيَّنَتْه ، صحَّ ، وإلَّا فلا .

فائدة : قال الأزَجِىُّ فى « النِّهايَةِ » : وإذا اسْتَوتْ دَرَجَةُ الأوْلِياءِ ، فالوِلايَةُ ثابتَةٌ لكلِّ واحدٍ منهم على الكمالِ والاسْتِقْلالِ . فعلى هذا ، لو عضَل الكُلُّ ، أَثِمُوا . ولو عضَل واحدٌ منهم ، دُعِىَ إلى النِّكاحِ ، فإنْ لم يُجِبْ ، فهل يُعْصَى ؟ يَنْبَنِى هذا على الشَّاهِدِ الذى لم يتعَيَّنْ ، هل يُعْصَى بالامْتِناعِ ؟ والأصحُّ أنَّه لا يُحْكَمُ بالعِصْيانِ ؛ لأنَّ امْتِناعَه لا تأْثِيرَ له فى تَوَقُّفِ النِّكاحِ بحالٍ ، إذْ غيرُه يقُومُ مَقامَه .

قوله : وإنْ زوَّجَ اثْنان ، و لم يُعْلَمِ السَّابِقُ ، فُسِخَ النِّكاحان . هذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . وهو المذهبُ . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَين » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ،

الشرح الكبير

لكلٍّ واحدٍ منهما[1] فى تَزْوِيجِها ، جازَ ، سَواءٌ أذِنَتْ فى رجلٍ مُعَيَّنٍ أو مُطْلَقًا ، فإذا زَوَّجَها الوَلِيَّان لرَجُلَيْن ، وعُلِمَ السَّابِقُ منهما ، فالنِّكاحُ له ، سَواءٌ دَخَل بها الثَّانِى أو لم يَدْخُلْ . هذا قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادَةَ ، وابنِ سِيرِينَ ، والأَوْزاعِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وبه قال عطاءٌ ، ومالكٌ ، ما لم يَدْخُلْ بها الثانى ، فإن دَخَل بها الثانى صارَ أَوْلَى ؛ لقَوْلِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه : إذا أَنْكَحَ الوَلِيَّان ، فالأَوَّلُ أحَقُّ ما لم يَدْخُلْ بها الثانى[2] . ولأنَّ الثانىَ اتَّصَلَ بعَقْدِه القَبْضُ ، فكان أحَقَّ . ولَنا ، ما رَوَى سَمُرَةُ ، وعُقْبَةُ ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ ، فَهِىَ لِلْأَوَّلِ » . أخْرَجَ حديثَ سَمُرَةَ أبو داودَ ، والتِّرْمِذِىُّ ، وأخْرَجَه النَّسائِىُّ عنه وعن عُقْبَةَ[3] . ورُوِىَ نحوُ ذلك

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « خِلافِه » ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » . فعلى هذا ، يفْسَخُه الحاكِمُ . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . وقالَه

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده فى م : « فإن دخل بها الثانى صار أولى » .

(٣) حديث سمرة أخرجه أبو داود ، فى : باب إذا أنكح الوليان ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليين يزوجان ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٣٠ . والنسائى ، فى : باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧/٢٧٦ .

كما أخرجه الدارمى ، فى : باب المرأة يزوجها الوليان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٣٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/٨ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨ .

وأخرجه النسائى عن سمرة وعن عقبة ، فى : باب الرجل يبيع السلعة من رجل ثم يبيعها بعينها ، من كتاب البيوع . السنن الكبرى ٤/٥٧ .

كما أخرجه عنهما ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٣٩ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٣٠ ، ١٤٠ . وانظر الإرواء ٦/٢٥٤ ، ٢٥٥ .

الشرح الكبير

عن عليٍّ ، وشُرَيْحٍ[1] . ولأنَّ الثانىَ تَزَوَّجَ امرأةً فى عِصْمَةِ زَوْجٍ ، فكان باطِلًا ، كما لو عَلِم الحالَ ، ولأنَّه نِكاحٌ باطِلٌ لو عَرِىَ عن الدُّخولِ ، فكان باطِلًا وإن دَخَل ، كنِكَاحِ المُعْتَدَّةِ . وأمَّا حديثُ عمرَ ، فلم يُصَحِّحْه أصْحابُ الحديثِ ، وقد خالَفَه قولُ علىٍّ ، وجاء على خِلافِ حديثِ[2] النبىِّ ﷺ ، وما ذَكَرُوه مِن القَبْضِ لا مَعْنَى له ؛ فإنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ بغيرِ قَبْضٍ ، مع أنَّه لا أصْلَ له [٦/١٠٣ظ] فيُقاس عليه ، ثم يَبْطُلُ بسائِرِ[3] الأنْكِحَةِ الفاسِدَةِ .

فصل : فإن دَخَل بها الثانى وهو لا يَعْلَمُ أنَّها ذاتُ زَوْجٍ ، فُرِّقَ بينَهما ، وكان لها عليه مَهْرُ مِثْلِها ، ولم يُصِبْها زَوْجُها حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ بعدَ وَطْئِها مِن الثَّانِى . فأمَّا إن عَلِمَ بالحال قبلَ وَطْءِ الثانى لها ، فإنها تُدْفَعُ إلى الأوَّلِ ، ولا شىءَ على الثانى ؛ لأنَّ عَقْدَه عَقْدٌ باطِلٌ لا يُوجِبُ شيئًا .

الإنصاف

القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « التَّعْليقِ » ، و « الجامعِ الصَّغِيرِ » ، وابنُ الزَّاغُونِىِّ ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفروعِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ [٣/١٦ظ] المُصَنِّفِ هنا . قال ابنُ خطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » : هذا المَشْهورُ . وقال القاضى أيضًا فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » : يفْسَخُه كلُّ واحدٍ مِن الزَّوْجَين ، أو مِن جِهَةِ الحاكِمِ . وهو صريحٌ فى أنَّ للزَّوْجَين الفَسْخَ بأنْفُسِهما . وقالَه فى

(١) ماروى عن على أخرجه ابن أبى شيبة فى : المصنف ٤/١٣٩ . والبيهقى فى : السنن الكبرى ٧/١٤١ . وماروى عن شريح أخرجه ابن أبى شيبة فى : المصنف ٤/١٤٠ .

(٢) فى م : « قول » .

(٣) فى م : « كسائر » .

الشرح الكبير

فإن وَطِئَها الثانى وهو لا يَعْلَمُ ، فهو وَطْءٌ بشُبْهَةٍ ، يَجِبُ لها به المَهْرُ ، وتُرَدُّ إلى الأوَّلِ ، ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها . وهو قولُ قَتادَةَ ، والشافعىِّ ، وابنِ المُنْذِرِ . قال أحمدُ : لها صَداقٌ بالمَسِيسِ ، وصَداقٌ (1)مِن هذا(1) . ولا يُرَدُّ الصَّداقُ الذى يُؤْخَذُ مِن الدَّاخِلِ بها على مَن دُفِعَتْ إليه ؛ لأنَّ الصَّداقَ فى مُقابَلَةِ الاسْتِمْتاعِ بها(2) ، فكان لها دُونَ زَوْجِها ، كما لو وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ أو مُكْرَهَةً . ولا يَحْتاجُ النِّكاحُ الثانى إلى فَسْخٍ ؛ لأنَّه باطِلٌ ، ولا يَجِبُ لها المَهْرُ إلَّا بالوَطْءِ دُونَ مُجَرَّدِ الدُّخُولِ والوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ ؛ لأنَّه نِكاحٌ باطِلٌ لا حُكْمَ له . ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّه يَجِبُ بالإِصابَةِ لا بالتَّسْمِيَةِ . وذَكَرَ أبو بكرٍ أنَّ الواجِبَ المُسَمَّى . قال القاضى : هو قِياسُ المذهبِ . والأوَّلُ هو الصَّحِيحُ ؛ لما قُلْنا .

فصل : فإن جُهِلَ الأوَّلُ منهما ، فُسِخَ النِّكاحان ، ولا فَرْقَ بينَ أن لا يُعْلَمَ كَيْفِيَّةُ وُقُوعِهما ، أو يُعْلَمَ أنَّ أحَدَهما قبلَ الآخَرِ لا بعَيْنِه ، أو يُعْلَمَه

الإنصاف

« المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . ويَحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ هنا . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولعَلَّهم أرادُوا ، بإذْنِ الحاكِمِ . وعن أبى بَكْرٍ ، يُطَلِّقانِها . حَكاه عنه ابنُ شاقْلَا . قلتُ : هذا أحْوَطُ . قال ابنُ خطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » : فعلى هذا ، هل يُنْقِصُ هذا الطَّلاقُ العَدَدَ لو تزَوَّجَها بعدَ ذلك ؟ يَنْبَغِى أنْ لا يكونَ كذلك ؛ لأنَّه لا يُتَيَقَّنُ وُقوعُ الطَّلاقِ به . وعنه ، النِّكاحُ مفْسوخٌ بنفْسِه ، فلا يَحْتاجُ إلى فاسِخٍ . ذكَرَه فى « النَّوادِرِ » . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه

(1 - 1) فى الأصل : « بهذا » .

(2) سقط من : م .

المقنع

وَعَنْهُ ، يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ ، أَمَرَ الْآخَرَ بِالطَّلَاقِ ، ثُمَّ يُجَدِّدُ الْقَارِعُ نِكَاحَهُ .

الشرح الكبير

بعَيْنِه ثم يُشْكِلَ ، والحُكْمُ فى جميعِها واحِدٌ ، وهو أن يَفْسَخَ الحاكمُ النِّكاحَيْن جميعًا . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ الجماعةِ . ثم تتزَوَّجُ مَن شاءَتْ منهما أو مِن غيرِهما (وعن أحمدَ) رِوايةٌ أُخْرَى ، أنَّه (يُقْرَعُ بينَهما) فمَن وَقَعَتْ له القُرْعَةُ أَمَرَ صاحبَه بالطَّلاقِ (ثم يُجَدِّدُ القارِعُ نِكاحَه) لأنَّه إن كانت زَوْجَتَه لم يُضِرْه تَجْدِيدُ النِّكاحِ ، وإن كانت زَوْجَةَ الآخرِ ، بانَتْ بالطَّلاقِ ، وصارَتْ زَوْجَةَ هذا بعَقْدِه الثانى ؛ لأنَّ القُرْعَةَ تَدْخُلُ لتَمْييزِ الحُقُوقِ عندَ التَّساوِى ، كالسَّفَرِ بإحْدَى نِسائِه ، والبَداءَةِ بالمَبِيتِ عندَ إحْدَاهُنَّ ، وتَعْيِينِ[1] الأنْصِباءِ فى القِسْمَةِ . وقال الثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ : يُجْبِرُهما السلطانُ على أن يُطَلِّقَ كُلُّ واحدٍ منهما طَلْقَةً ، فإن أبَيا فَرَّقَ بينَهما .

الإنصاف

اللهُ ، فى روايَةِ ابنِ مَنْصُورٍ : ماأرَى لواحدٍ منهما نِكاحًا . وقدَّمه فى « التَّبْصِرَةِ » . وقال ابنُ أبى مُوسى : يبْطُلُ النِّكاحان . وهو أظْهَرُ وأصَحُّ . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ مِن أصْلِ المَسْأَلَةِ ، يُقْرَعُ بينَهما . اخْتارَها النَّجَّادُ ، والقاضى فى « التَّعْليقِ » ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، والشِّيرازِىُّ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الكافِى » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، مَن قَرَع منهما ، جدَّد نِكاحَه بإذْنِها . كما قالَه المُصَنِّفُ هنا . وهو الصَّحيحُ . جزَم به فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : قال أبو بَكْرٍ أحمدُ بنُ سُلَيْمانَ النَّجَّادُ : مَن خرَجَتْ له القُرْعَةُ ، جدَّدَ نِكاحَه . وعنه ،

---

(١) فى م : « تعتبر » .

الشرح الكبير

وهو قريبٌ مِن القولِ الأوَّلِ ؛ لأنَّه تعَذَّرَ إمْضاءُ العَقْدِ الصَّحِيحِ ، فوَجَبَ إزالَةُ الضَّرَرِ بالتَّفْريقِ . وقال الشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : النِّكاحُ مَفسُوخٌ ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ إمْضاؤُه . ولا يَصِحُّ هذا ؛ فإنَّ العَقْدَ الصَّحِيحَ لا يَبْطُلُ بمُجَرَّدِ إشْكالِه ، كما لو اخْتَلَفَ المُتَبايِعان فى قَدْرِ الثَّمَنِ ، فإنَّ العَقْدَ لا يَزُولُ إلَّا بفَسْخِه ، كذا هـٰهُنا . ورُوِىَ عن شُرَيْحٍ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، وحَمَّادِ بنِ أبى سليمانَ ، أنَّها تُخَيَّرُ ، فأيُّهما اخْتارَتْه ، فهو زَوْجُها . وهذا فاسِدٌ ؛ فإنَّ أحَدَهما ليس بزَوْجٍ لها ، فلم تُخَيَّرْ بينَهما ، كما لو لم يَعْقِدْ إلَّا أحَدُهما ، أو كما لو أشْكَلَ على الرجلِ امرأتُه فى النِّساءِ ، أو على المرأةِ زَوْجُها ، إلَّا أن يُريدوا بقَوْلِهم أنَّها إذا اخْتارَتْ أحَدَهما ، فُرِّقَ بَيْنَها[1] وبينَ [٦/١٠٤و] الآخَرِ ، ثم عَقَد المُخْتارُ نِكاحَها ، فهذا حَسَنٌ ، فإنَّه يُسْتَغْنَى بالتَّفْريقِ بَيْنَها[2] وبينَ أحَدِهما عن التَّفْريقِ بينَها[2] وبينَهما جميعًا ، وبفَسْخِ أحَدِ النِّكاحَيْن عن فَسْخِهما . فإن أبَتْ أن تَخْتارَ ، لم تُجْبَرْ . وكذلك يَنْبَغِى إذا أُقْرِعَ بينَهما فوَقَعَتِ القُرْعَةُ لأحَدِهما ، لم تُجْبَرْ على نِكاحِه ؛ لأنَّه لا يُعْلَمُ [3]أنَّه زَوْجُها[3] ، فيَتَعَيَّنُ إذًا فَسْخُ النِّكاحَيْن ، ولها أن تَتَزَوَّجَ مَن شاءَتْ منهما أو مِن غيرِهما فى الحالِ ، إن كان قبلَ الدُّخولِ ، وبعدَ انْقِضاءِ العِدَّةِ إن كان دَخَل بها أحَدُهما .

الإنصاف

هى للقارِعِ مِن غيرِ تَجْديدِ عَقْدٍ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ النَّجَّادُ . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ .

---

(١) فى النسختين : « بينهما » .

(٢) فى الأصل : « بينهما » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : فإنِ ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه السَّابقُ بالعَقْدِ ، ولا بَيِّنَةَ لهما ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهما . فإن أقَرَّتِ المرأةُ لأحَدِهما ، لم يُقبَلْ إقرارُها . نَصَّ عليه أحمدُ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : يُقْبَلُ ، كما لو أقَرَّتِ ابْتِداءً . ولَنا ، أنَّ الخَصْمَ الزَّوْجُ الآخرُ[1] فى ذلك ، فلم يُقْبَلْ إقْرارُها[2] فى إبْطالِ حَقِّه ، كما لو أقَرَّتْ عليه بطَلاقٍ . وإنِ ادَّعَى الزَّوْجان على المرأةِ أنَّها تَعْلَمُ السَّابِقَ منهما ، فأنْكَرَتْ ، لم تُسْتَحْلَفْ لذلك . وقال أصحابُ الشافعيِّ :

الإنصاف

قالَه فى « الفُروعِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : هذا ظاهِرُ كلامِ الجُمْهورِ ؛ ابنِ أبِى مُوسى ، والقاضى ، وأصحابِه . وصرَّح به القاضى فى « الرِّوايتَيْن » ، وابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « القَواعِدِ » . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، ومالَ إليه فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » . لكِنِ اخْتلَفَ نقلُ الزَّرْكَشِيِّ ، وصاحِبِ « الفُروعِ » عن أبِى بَكْرٍ النَّجَّادِ كما تَرَى . وأطْلَقَ الرِّوايتَيْن فى « الفُروعِ » ، و « المُذْهَبِ » . فعلى القَوْلِ بأنَّه يُجَدِّدُ نِكاحَه ، قال المُصَنِّفُ : يَنْبَغِى أنْ لا تُجْبَرَ المرْأةُ على نِكاحِ مَن خرَجَتْ له القُرْعَةُ ، بل لها أنْ تتزَوَّجَ مَن شاءَتْ منهما ومِن غيرِهما . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وليس هذا بالجَيِّدِ ؛ فإنَّا ، على هذا القَوْلِ ، إذا أمَرْنا المَقْروعَ بالفُرْقَةِ ، وقُلْنا : لها أنْ لا تَتزَوَّجَ القارِعَ . خَلَتْ منهما ، فلا يَبْقَى بينَ الرِّوايتَيْن فَرْقٌ ، ولا يَبْقَى للقُرْعَةِ أثَرٌ أصْلًا ، بل تكونُ لغْوًا ، وهذا تخْلِيطٌ ، وإنَّما ، على هذا القَوْلِ ، يجِبُ أنْ يُقالَ : هى زَوْجَةُ القارِعِ ، بحيث يجِبُ عليه نَفَقَتُها وسُكْناها ، ولو ماتَ وَرِثَتْه ، لكِنْ لا يطَؤُها حتى يُجَدِّدَ العَقْدَ . فيكونُ تجْديدُ العَقْدِ لحِلِّ الوَطْءِ فقط . هذا قِياسُ المذهبِ . أو يُقالُ : إنَّه لا يُحْكَمُ

(١) فى الأصل : « للآخر » .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

تُسْتَحْلَفُ . بِناءً منهم على أنَّ إقْرارَها مَقْبُولٌ . فإن فُرِّقَ بينَها[1] وبينَ أَحَدِهما ، لِاخْتِيارِها لصاحِبِه ، أو لوُقُوعِ القُرْعَةِ له ، وأَقَرَّتْ له أنَّ عَقْدَه سابِقٌ ، فيَنْبَغِي أن يُقْبَلَ إقْرارُها[2] ؛ لأنَّهما اتَّفَقَا على ذلك مِن غيرِ خَصْمٍ مُنازِعٍ ، فأشْبَهَ ما لو لم يَكُنْ صاحِبُ عَقْدٍ آخَرُ .

الإنصاف

بالزَّوْجِيَّةِ إلَّا بالتَّجْديدِ ، ويكونُ التَّجْديدُ واجِبًا عليه وعليها ، كما كان الطَّلاقُ واجِبًا على الآخَرِ . وليس فى كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، تعَرُّضٌ للطَّلاقِ ولا لتَجْديدِ الآخَرِ النِّكاحَ ، فإنَّ القُرْعَةَ جعَلَها الشَّارِعُ حُجَّةً وبَيِّنَةً تفيدُ الحِلَّ ظاهِرًا ؛ كالشَّهادَةِ والنُّكولِ ونحوِهما . انتهى . وعلى رِوايَةِ أنَّه يُقْرَعُ بينَهما أيضًا ، يُعْتَبرُ طَلاقُ صاحِبِه . على الصَّحيحِ ، كما قالَه المُصَنِّفُ ، فإنْ أبَى ، طَلَّقَ الحاكِمُ عليه . قال فى « الفُروعِ » : وعلى الأصحِّ ، ويُعْتَبرُ طَلاقُ صاحِبِه ، فإنْ أبَى ، فحاكِمٍ . واخْتارَه النَّجَّادُ ، والقاضى فى « الرِّوايتَيْن » ، و « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم . قال ابنُ خطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » : وهذا أقْرَبُ . قال فى « القَواعِدِ » : وفى هذا ضَعْفٌ . فإذا طلَّقَ قبلَ الدُّخولِ ، فهل يجِبُ لها نِصْفُ المَهْرِ على أحدِهما ويُعَيَّنُ بالقُرْعَةِ ، أم لا يجِبُ لها شئٌ ؟ على وَجْهَيْن . وحُكِىَ عن أبى بَكْرٍ أنَّه اخْتارَ أنَّه لا شئَ لها ، وبه[3] أفْتَى أبو علىٍّ النَّجَّادُ . ذكَرَه فى آخِرِ « القاعِدةِ السَّادِسَةِ والخَمْسِين بعدَ المِائةِ » . وعنه ، لا يُؤْمَرُ بالطَّلاقِ ، ولا يَحْتاجُ إليه . حَكاها ابنُ

(١) فى م : « بينهما » .
(٢) فى م : « إقرارهما » .
(٣) فى الأصل : « وأنه » .

الشرح الكبير

فصل : وإن عُلِمَ أنَّ العَقْدَيْن وَقَعَا معًا[1] ، لم يَسْبِقْ أحَدُهما الآخَرَ ، فهما باطِلَان ، لا حاجَةَ إلى فَسْخِهما ؛ لأنَّهما باطِلان مِن أصْلِهما ، ولا مَهْرَ لها على واحِدٍ منهما ، ولا مِيراثَ لها منهما ، ولا يَرِثُها واحِدٌ منهما ؛ لذلك . وإن لم يُعْلَمْ ذلك ففُسِخَ[2] نِكاحُهُما ، فرُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّه يَجِبُ لها نِصْفُ المَهْرِ ، ويَقْتَرِعانِ عليه ؛ لأنَّ عَقْدَ أحَدِهما صَحِيحٌ ، وقد

الإنصاف

البَنَّا وغيرُه . وقدَّمه فى « القَواعِدِ » ، وقال : هذا ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، فى رِوايَةِ حَنْبَلٍ ، وابنِ مَنْصُورٍ . انتهى . وقالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو ظاهِرُ كلامِ ابنِ أبِى مُوسى . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وأطْلَقَهما فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقال فى « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وعنه ، مَن قرَع ، فهو الزَّوْجُ . وفى اعْتِبارِ طلاقِ الآخَرِ وَجْهان . [١٧/٣و] وقيل : رِوايَتان . وقيل : مَن قرَع ، جدَّدَ عَقْدًا بإذْنِها ، وطلَّق الآخَرُ مجَّانًا ، فإنْ أبَى طلَّق عليه الحاكِمُ . قال فى « الكُبْرَى » : فى الأصحِّ . قال فى « القَواعِدِ » : قال طائفَةٌ مِن الأصحابِ : يُجدِّدُ الذى خرَجَتْ له القُرْعَةُ النِّكاحَ ؛ لتَحِلَّ له بيَقِينٍ . وحَكاه القاضى فى كِتابِ « الرِّوايتَيْن » عن أبِى بَكْرٍ أحمدَ بنِ سُلَيمانَ النَّجَّادِ ، ثم ردَّه بأنَّه لا يبْقَى حِينَئذٍ مَعْنًى للقُرْعَةِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، إذا جُهِلَ أسْبَقُ العَقْدَين ، ففيه مَسائلُ ؛ منها ، إذا عُلِمَ عَيْنُ السَّابِقِ ثم جُهِلَ ، فهذه محَلُّ الخِلافِ السَّابِقِ . ومنها ، لو عُلِمَ السَّبْقُ ونُسِىَ السَّابِقُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ إجْراءُ الخِلافِ فيها كالتى قبلَها . وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : لا إشْكالَ فى جَرَيانِ الرِّوايتَيْن فى هذه الصُّورَةِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فسخ » .

الشرح الكبير

انْفَسَخَ نِكاحُه[1] قبلَ الدُّخولِ ، فوَجَبَ عليه نِصْفُ مَهْرِها ، كما لو خالَعَها[2] . وقال أبو بكرٍ : لا مَهْرَ لها ؛ لأنَّهما مُجْبَران على الطَّلاقِ[3] ، فلم يَلْزَمْهما مَهْرٌ ، كما لو فَسَخ الحاكمُ نِكاحَ رجلٍ لعُسْرَتِه أو غَيْبَتِه . وإن ماتَتْ قبلَ الفَسْخِ أو الطَّلاقِ ، فلأحَدِهما نِصْفُ مِيراثِها ، فيُوقَفُ الأمْرُ حتى يَصْطَلِحَا عليه . وقيلَ : يُقْرَعُ بينَهما ، فمَن خَرَجَتْ له القُرْعَةُ ، حَلَفَ أنَّه المُسْتَحِقُّ ، ووَرِث . وإن مات الزَّوْجان ، فلها رُبْعُ مِيراثِ أحَدِهما . فإن كانت قد أقَرَّتْ أنَّ أحَدَهما سابِقٌ بالعَقْدِ ، فلا مِيراثَ لها مِن الآخَرِ ، وهى تَدَّعِى رُبْعَ[4] مِيراثِ مَن أقَرَّتْ له . فإن كان[5] قد ادَّعَى ذلك أيضًا ، دُفِعَ إليها رُبْعُ مِيراثِه ، وإن لم يَكُنِ ادَّعَى ذلك ، وأنْكَرَ الوَرَثَةُ ، فالقَوْلُ قولُهم مع أيْمانِهِم ، فإن نَكَلُوا قُضِىَ عليهم . وإن لم تَكُنِ المرأةُ أقَرَّتْ بسَبْقِ أحَدِهما ، احْتَمَلَ أن يَحْلِفَ وَرَثَةُ كُلِّ واحِدٍ منهما ويَبْرَأَ[6] ، واحْتَمَلَ أن يُقْرَعَ بينَهما ، فمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُه[6] فلها رُبْعُ مِيراثِه . وقد

الإنصاف

وكذلك قال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقيل : يقِفُ الأمْرُ حتى يَتَبَيَّنَ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ حَمْدانَ فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى » .

---

(1) فى م : « بنكاحه » .
(2) فى م : « خالفها » .
(3) فى النسختين : « الصداق » . وانظر المغنى ٩/٤٣٤ .
(4) سقط من : م .
(5) بعده فى م : « أحدهما » .
(6) سقط من : م .

الشرح الكبير

روَى حَنْبَلٌ عن أحمدَ ، أنَّه سُئِلَ عن رجلٍ له ثلاثُ بناتٍ ، زَوَّجَ إحْدَاهُنَّ مِن رجلٍ ، ثم ماتَ الأبُ ، ولم يُعْلَمْ أيَّتُهُنَّ زَوَّجَ : يُقْرَعُ بينَهُنَّ ، فأيَّتُهُنَّ أصابَتْها القُرْعَةُ ، فهى زَوْجَتُه ، وإن ماتَ الزَّوْجُ فهى [٦/١٠٤ظ] التى تَرِثُه .

فصل : وإنِ ادَّعَى كلُّ واحِدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فأَقَرَّتْ لأحَدِهما ، ثم فُرِّقَ بينَهما ، وقُلْنا بوُجُوبِ المَهْرِ ، وَجَب على المُقَرِّ له دونَ صاحِبِه ؛ لإقْرارِه لها به ، وإقْرارِها ببَراءَةِ صاحِبِه . وإن ماتا ، وَرِثَتِ المُقَرَّ له دُونَ

الإنصاف

فَرْعٌ : لو أقَرَّتِ المرْأةُ لأحَدِهما ، لم يُقْبَلْ . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » ، و « النَّظْمِ » : لم يُقْبَلْ ، على الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وعنه ، يُقْبَلُ . ومنها ، لو جُهِلَ كيف وَقَعَا . فقيل : هى على الرِّوايتَين . وهو الصَّحيحُ . واخْتارَه أبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وصاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : واخْتارَه القاضى فيما أظُنُّ . وعندَ القاضى فى « التَّعْليقِ الكَبيرِ » ، يَبْطُلان على كلِّ حالٍ . وكذا قال ابنُ حَمْدَانَ فى « الرِّعايتَيْن » ، إلَّا أنَّه حكَى فى « الكُبْرَى » قوْلًا بالبُطْلانِ ظاهِرًا وباطِنًا . ومنها ، لو جُهِلَ وُقوعُهما معًا ، فهى على الرِّوايتَيْن . على الصَّحيحِ مِن المذهبِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يَبْطُلانِ . ومنها ، لو عُلِمَ وُقوعُهما معًا ، بطَلَا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقطَع به أبو الخَطَّابِ ، وابنُ البَنَّا ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وابنُ حَمْدانَ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم مِن الأصحابِ . وذكَر القاضى فى كِتابِ « الرِّوايتَيْن » ، أنَّه يُقْرَعُ بينَهما على رِوايَةِ الإقْراعِ ، وذكَرَه فى « خِلافِه » احْتِمالًا . قال المَجْدُ فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » : ولا أظُنُّ هذا الاحْتِمالَ إلَّا خِلافَ الإجْماعِ . انتهى . قال

الشرح الكبير

صاحِبه ؛ لذلك . وإن ماتت هى قبلَهما[1] ، احْتَمَلَ أن يَرِثَها المُقَرُّ له كما تَرِثُه ، واحْتَمَلَ أن لا يُقْبَلَ إقرارُها له ، كما لم يَقْبَلْه فى نَفْسِها . وإن لم تُقِرَّ لأحَدِهما إلَّا بعدَ مَوْتِه ، فهو كما لو أقَرَّتْ فى حَياتِه . وليس لوَرَثَةِ واحدٍ منهما الإنْكارُ لاسْتِحْقاقِها ؛ لأنَّ مَوْرُوثَه قد أقَرَّ لها بدَعْواه[2] صِحَّةَ نِكاحِها وسَبْقَه بالعَقْدِ عليها . وإن لم تُقِرَّ لواحدٍ منهما ، أُقْرِعَ بينَهما ، وكان لها مِيراثُ مَن تَقَعُ القُرْعَةُ عليه . وإن كان أحَدُهما قد أصابَها ، وكان هو المُقَرَّ له ، أو كانت لم تُقِرَّ لواحدٍ منهما ، فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه مُقِرٌّ لها به ، وهى لا تَدَّعِى سِواه ، وإن كانت مُقِرَّةً للآخَرِ ، فهى تَدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ ، وهو يُقِرُّ لها[3] بالمُسَمَّى . فإنِ اسْتَوَيا أو اصْطَلَحا ، فلا كلامَ ،

الإنصاف

ابنُ بَرْدِسٍ[4] ، شَيْخُ شَيْخِنا : قال شَيْخُنا أبو الفَرَجِ ، فى مَن تزَوَّجَ أُخْتَيْن فى عَقْدٍ : يخْتارُ إحْداهما . وهذا يُعَضِّدُ ما قالَه القاضى . انتهى . الثَّانيةُ ، إذا أُمِرَ غيرُ القارِعِ بالطَّلاقِ فطَلَّقَ ، فلا صَداقَ عليه . جزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . الثَّالثةُ ، لوْ فُسِخَ النِّكاحُ أو طلَّقها ، فقال أبو بَكْرٍ : لا مَهْرَ لها عليهما . حَكاه عنه ابنُ شَاقْلَا ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقالَه القاضِى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وأفْتَى به

(١) فى م : « قبلها » .

(٢) فى م : « بدعوى » .

(٣) فى م : « له » .

(٤) هو محمد بن إسماعيل بن محمد بن بردس البعلى ، أبو عبد الله بن العماد ، فقيه ، ناظم ، ولد ببعلبك ، له تصانيف منها «صدقة البر » ، و « كتاب المجالس فى الوعظ » . وله نظم . توفى سنة ثمانمائة وثلاثين . الأعلام ، للزركلى ٦/٢٦٢ .

المقنع ....

الشرح الكبير وإن كان مَهْرُ المِثْلِ أكْثَرَ ، حَلَف على الزّائدِ ، وسَقَط . وإن كان المُسَمَّى

الإنصاف النَّجّادُ . حَكاه عنه أبو الحَسَنِ الجَزرىُّ . وحَكاه رِوايَةً فى « الفُروعِ » وغيرِه . ونقَل مُهَنَّا ، لها نِصْفُ الصَّداقِ يقْتَرِعان عليه . وهو المذهبُ . نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، فقال : ونَصُّه : لها نِصْفُ المَهْرِ يقْتَرِعان عليه . وعنه ، لا . انتهى . وظاهِرُ « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » إطْلاقُ الرِّوايتَيْن . وحكَى فى « القَواعِدِ » ، فى وُجوبِ نِصْفِ المَهْرِ على مَن خرَجَتْ له القُرْعَةُ ، وَجْهَيْن . الرَّابعةُ ، لو ماتَتِ المرْأَةُ قبلَ الفَسْخِ والطَّلاقِ ، فلأحَدِهما نِصْفُ مِيراثِها ، فيُوقَفُ الأمْرُ حتى يصْطَلِحا . قدَّمه فى « الشَّرْحِ » . وقيل : يُقْرَعُ بينَهما ، فمَن قرَع ، حلَف ووَرِثَ . قلتُ : وهذا أقْرَبُ . وهما احْتِمالان فى « المُغْنِى » ، لكِنْ ذكَر على الثَّانِى أنَّه يحْلِفُ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وكلا الوَجْهَين لا يُخَرَّجُ على المذهبِ ؛ أمَّا الأوَّلُ ، فلأنَّا لا نَقِفُ الخُصُوماتِ قطُّ . وأمَّا الثَّانى ، فكيف يحْلِفُ مَن قال : لا أعْرِفُ الحالَ ؟ وإنَّما المذهبُ ، على رِوايَةِ القُرْعَةِ ، أيُّهما قرَع ، فله المِيراثُ بلا يَمِينٍ . وأمَّا على قوْلِنا : لا يُقْرَعُ . فإذا قُلْنا : إنَّها تأْخُذُ مِن أحَدِهما نِصْفَ المَهْرِ بالقُرْعَةِ . فكذلك يرِثُها أحدُهما بالقُرْعَةِ بطَريقٍ أوْلَى . وأمَّا إنْ قُلْنا : لا مَهْرَ لها . فهنا قد يُقالُ بالقُرْعَةِ أيضًا . انتهى . الخامسةُ [١٧/٣ظ] ، لو مات الزَّوْجان ، كان لها رُبْعُ مِيراثِ أحَدِهما ، فإنْ كانتْ قد أقرَّتْ بسَبْقِ أحَدِهما ، فلا مِيراثَ لها مِن الآخَرِ ، وهى تدَّعِى رُبْعَ مِيراثِ مَن أقَرَّتْ له . فإنْ كان قد ادَّعَى ذلك أيضًا ، دُفِعَ إليها رُبْعُ مِيراثِه[1] ، وإنْ لم يكُنِ ادَّعَى ذلك وأنْكَرَ الورَثَةُ ، فالقَوْلُ قوْلُهم مع أيْمانِهم ، فإنْ نكَلُوا ، قُضِىَ عليهم . وإنْ لم تكُنْ أقَرَّتْ بسَبْقِ أحَدِهما ، احْتَملَ أنْ يحْلِفَ وَرَثَةُ كلِّ واحدٍ منهما وتَبْرَأ ، واحْتَملَ أنْ يُقْرَعَ بينَهما ، فمَن

(١) فى الأصل ، ا : «ميراثها » .

الشرح الكبير لها أَكْثَرَ ، فهو مُقِرٌّ لها بالزِّيادَةِ ، وهى تُنْكِرُها ، فلا تَسْتَحِقُّها .

الإنصاف خرَجَتْ قُرْعَتُه ، فلها رُبْعُ مِيراثِه . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ونقَل حَنْبَلٌ ، فى رجُلٍ له ثَلاثُ بَناتٍ ، زوَّجَ إحْداهُنَّ مِن رَجُلٍ ، ثم ماتَ الأبُ ، و لم يُعْلَمْ أَيَّتُهُنَّ زوَّجَ ؛ يُقْرَعُ بينَهُنَّ ، فأَيَّتُهُنَّ أصابَتْها القُرْعَةُ ، فهى زَوْجَتُه ، وإنْ ماتَ الزَّوْجُ ، كانتْ هى الوارِثَةَ . قال فى « القَواعِدِ » ، عن الوَجْهِ بالقُرْعَةِ : يتعَيَّنُ القَوْلُ به ، فيما إذا أنْكَرَ الوَرَثَةُ العِلْمَ بالحالِ ، ويشْهَدُ له نصُّ الإمامِ أحمدَ ، فى رِوايةِ حَنْبَلٍ وغيرِه ، وذكَرَه . السَّادِسَةُ ، لو ادَّعَى كلُّ واحدٍ منهما أنَّه السَّابِقُ ، فأقَرَّتْ لأحَدِهما ، ثم فُرِّقَ بينَهما ، وقُلْنا بوُجوبِ المَهْرِ ، وجَب على المُقَرِّ له دُونَ صاحِبِه ؛ لإقْرارِه لها به ، وإقْرارِها ببَراءَةِ صاحِبِه . وإنْ ماتا ، وَرِثَتِ المُقَرَّ له دُونَ صاحِبِه لذلك . وإنْ ماتَتْ هى قبلَهما ، احْتَمَلَ أنْ يَرِثَها المُقَرُّ له كما تَرِثُه ، واحْتَمَلَ أنْ لا يُقْبَلَ إقْرارُها له ، كما لم تقْبَلْه فى نفْسِها . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وإنْ لم تُقِرَّ لأحَدِهما إلَّا بعدَ مَوْتِه ، فهو كما لو أقَرَّتْ له فى حَياتِه ، وليس لوَرَثَةِ واحدٍ منهما الإنْكارُ ؛ لاسْتِحْقاقِها . وإنْ لم تُقِرَّ لواحدٍ منهما ، أُقْرِعَ بينَهما ، (1) وكان (1) لها مِيراثُ مَن تقَعُ القُرْعَةُ عليه . وإنْ كان أحدُهما قد أصابَها ، وكان هو المُقَرَّ له ، أو كانتْ لم تُقِرَّ لواحِدٍ منهما ، فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه مُقِرٌّ لها به ، وهى لا تدَّعِى سِواه . وإنْ كانتْ مُقِرَّةً للآخَرِ (2) ، فهى تدَّعِى مَهْرَ المِثْلِ ، وهو يُقِرُّ لها بالمُسَمَّى ، فإن اسْتَوَيا أو اصْطَلَحا ، فلا كلامَ . وإنْ كان مَهْرُ المِثْلِ أكثرَ ، حلَف على الزَّائدِ وسقَط ، وإنْ كان المُسَمَّى لها أكْثَرَ ، فهو مُقِرٌّ لها بالزِّيادَةِ وهى تُنْكِرُها ، فلا تَسْتَحِقُّها .

(1 - 1) فى الأصل : « وإن كان » .

(2) فى ا : « لآخر » .

المقنع

وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ مِنْ أَمَتِهِ ، جَازَ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَىِ الْعَقْدِ ، وَكَذَلِكَ وَلِىُّ الْمَرْأَةِ – مِثْلَ ابْنِ الْعَمِّ وَالْمَوْلَى وَالْحَاكِمِ – إِذَا أَذِنَتْ

الشرح الكبير

٣١٢٣ – مسألة : (وإذا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَه الصَّغِيرَ مِن أمَتِه ، جاز أن يَتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ) لأنَّه مَلَكَ بحُكْمِ المِلْكِ لا بحُكْمِ الإِذْنِ ، فى قَوْلِهم جَمِيعًا . فإن كان مالِكًا لأحَدِ طَرَفَىِ العَقْدِ فوَكَّلَه مالِكُ الطَّرَفِ الآخَرِ فيه ، أو وَكَّلَه المُوَلَّى فى الإِيجابِ والزَّوْجُ فى القَبُولِ ، خُرِّجَ فيه وَجْهان ؛ بِناءً على الرِّوايَتَيْن اللَّتَيْن نَذْكُرُهما فى المسألةِ التى تَلِيها ؛ لأنَّه مَلَك ذلك بالإِذْنِ . وإن زَوَّجَ ابْنَتَه الكبيرةَ عبدَه الصغيرَ ، لم يَجُزْ ذلك إلَّا برِضَاها ؛ لأنَّه لا[1] يُكافِئُها . ويُخَرَّجُ فيه أيضًا وَجْهان . وإن زَوَّجَه ابْنَتَه الصغيرةَ ، لم يَجُزْ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ له تَزْوِيجُها مِمَّن لا يُكافِئُها . وعنه ، يَجُوزُ .

٣١٢٤ – مسألة : (وكذلك وَلِىُّ المرأةِ – مِثْلَ ابنِ العَمِّ والمَوْلَى

الإنصاف

فائدة : قوْلُه : وإذا زوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَه الصَّغِيرَ مِن أَمَتِه ، جازَ له أنْ يتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ . بلا نِزاعٍ . وكذا أيضًا لو زوَّجَ بِنْتَه المُجْبَرَةَ بعَبْدِه الصَّغِيرِ ، وقُلْنا : يصِحُّ . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ تزْوِيجُ عَبْدِه بابْنَتِه . وكذا لو زوَّجَ وَصِىٌّ فى نِكاحٍ صَغِيرًا بصَغِيرَةٍ تحتَ حِجْرِه . وقيل : يَخْتَصُّ الجوازُ بما إذا زوَّجَ عَبْدَه بأَمَتِه .

قوله : وكذلك وَلِىُّ المَرْأَةِ – مثْلَ ابنِ العَمِّ والمَوْلَى والحاكِمِ – إذا أذِنَتْ له

---

(١) سقط من : م .

المقنع

لَهُ فِى نِكَاحِهَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفَىِ الْعَقْدِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ حَتَّى يُوَكِّلَ غَيْرَهُ فِى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ .

الشرح الكبير

والحاكِمِ - إذا أَذِنَتْ له فِى تَزَوُّجِها . وعنه ، لا يَجُوزُ حَتَّى يُوَكِّلَ فى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ) وجُمْلَةُ ذلك ، أنَّ وَلِىَّ المرأةِ التى يَحِلُّ له نِكاحُها إذا أَذِنَتْ له أن يُزَوِّجَها[1] ، فله ذلك ، وهل له أن يَلِىَ طَرَفَىِ العَقْدِ بنَفْسِه ؟ فيه رِوايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قولُ الحسنِ ، وابنِ سِيرِينَ ، ورَبيعَةَ ، ومالكٍ ، والثَّورِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، وإسْحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لِما رَوَى البخارىُّ[2] ، قال : قال عبدُ الرحمنِ بنُ عَوْفٍ لأُمِّ حَكِيمٍ ابنةِ[3] قارظٍ[4] : أتَجْعَلِينَ أمْرَكِ إلىَّ ؟ قالتْ : نعم . قال : قد تَزَوَّجْتُكِ . ولأنَّه يَمْلِكُ الإِيجابَ والقَبُولَ ، فجازَ أن يَتولَّاهُما ، كما لو زَوَّجَ أمَتَه عبدَه الصغيرَ ، ولأنَّه عَقْدٌ وُجِدَ فيه الإِيجابُ مِن وَلِىٍّ ثابتِ الوِلايةِ ،

الإنصاف

فى نِكاحِها . يعْنِى ، أنَّه يجوزُ له أنْ يَتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ . وهذا المذهبُ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الجامِعِ الصَّغِيرِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، لا يجوزُ حتى يُوَكِّلَ غيرَه فى أحدِ الطَّرَفَيْن بإذْنِها . قالَه

(١) فى م : « يتزوجها » .

(٢) معلقا بصيغة الجزم ، فى : باب إذا كان الولى هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧/‏٢١ . ووصله ابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٨/‏٤٧٢ . وصححه فى الإرواء ٦/‏٢٥٦ .

(٣) فى م : « امرأة » .

(٤) النسختين : « قارض » .

الشرح الكبير

والقَبُولُ مِن زَوْجٍ هو أهْلٌ للقَبُولِ ، فصَحَّ ، كما لو وُجِدَا مِن رَجُلَيْن . وقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وجَعَل عِتْقَها صَدَاقَها[1] . فإن قيلَ : فقد رُوِىَ أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « كُلُّ نِكَاحٍ لَا يَحْضُرُهُ أَرْبَعَةٌ فَهُوَ سِفَاحٌ ؛ زَوْجٌ ، وَوَلِىٌّ ، وشَاهِدَانِ »[2] . قُلْنا : هذا لا نَعْرِفُ صِحَّتَه ، ولو [٦/١٠٥و] صَحَّ كان مَخْصُوصًا بما إذا زَوَّجَ السَّيِّدُ عبدَه الصغيرَ أمَتَه ، فيَتَعَدَّى التَّخْصِيصُ إلى مَحَلِّ النِّزاعِ . وهل[3] يَفْتَقِرُ إلى ذِكْرِ الإيجابِ والقَبُولِ ، وهل[4] يُكْتَفَى بمُجَرَّدِ الإيجابِ ؟ [5]فيه وجهان ؛ أحدُهما ، يَحْتاجُ أن يقولَ : زَوَّجْتُ نَفْسِى فلانةَ ، وقَبِلْتُ هذا النِّكاحَ[5] . لأنَّ ما

الإنصاف

فى « المُنَوِّرِ » . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وأبو حَفْصٍ البَرْمَكِىُّ ، وابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « تَعْليقِه » ، والشَّرِيفُ وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » . وقدَّمه ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . قال فى « المُذْهَبِ » : لم يصِحَّ فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذه الرِّوايَةُ أشْهَرُهما وأنَصُّهما . نصَّ عليها ، فى رِوايَةٍ ، ثَمانِيَةٌ مِن أصحابِه . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » . وقيل : يجوزُ تَوَلِّى طَرَفَيْه لغيرِ زَوْجٍ . وقيل : لا يجوزُ إلَّا إذا كان الوَلِىُّ هو الإمامَ . ذكَرَه أبو حَفْصٍ البَرْمَكِىُّ . قال ابنُ عَقِيلٍ : متى قُلْنا : لا يصِحُّ مِنَ الوَلِىِّ تَوَلِّى طَرَفَىِ العَقْدِ . لم يصِحَّ عَقْدُ وَكِيلِه له ، إلَّا الإمامَ

---

(١) انظر حديث أنس المتقدم فى صفحة ٦٦ .

(٢) أخرجه الدارقطنى بنحوه عن عائشة ، فى : كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٢٢٥ . وانظر : الإرواء ٦/٢٦١ .

(٣) فى م : « هو » .

(٤) فى الأصل : « وبل » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

افْتَقَرَ إلى الإيجابِ افْتَقَرَ إلى القَبُولِ ، كسائِرِ العُقُودِ . والثانى ، يَكْفِيه أن يقولَ : زَوَّجْتُ نَفْسِى فُلانَةَ . أو : تَزَوَّجْتُ فُلانَةَ . وهو قولُ مالكٍ ، وأبى حنيفةَ ؛ لحديثِ عبدِ الرَّحمنِ بنِ عَوْفٍ ، ولأنَّ إيجابَه يَتَضَمَّنُ القَبُولَ ، فأشْبَهَ إذا تَقَدَّمَ الاسْتِدْعاءُ ، ولهذا قُلْنا : إذا قال لأمَتِه : أعْتَقْتُكِ ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . انْعَقَدَ النِّكاحُ بمُجَرَّدِ هذا القولِ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، لا يَجُوزُ أن يَتَوَلَّى طَرَفَىِ العَقْدِ ، ولكنْ يُوَكِّلُ رجلًا يُزَوِّجُه إيَّاها بإذْنِها . ذَكَرَها الخِرَقِىُّ . قال أحمدُ فى رِوايةِ ابنِ مَنْصُورٍ : لا يُزَوِّجُ نَفْسَه حتى يُوَلِّىَ رجلًا ، على حديثِ المُغِيرَةِ بنِ شُعْبَةَ . وهو ما روَى أبو داودَ[1] بإسْنادِه عن عبدِ الملكِ بنِ عُمَيْرٍ ، أنَّ المُغِيرَةَ بنَ شُعْبَةَ أمَرَ رجلًا يُزَوِّجُه امْرأةً المُغِيرَةُ أوْلَى بها منه . ولأنَّه عَقْدٌ مَلَكَه بالإذْنِ ، فلم يَجُزْ أن يَتَوَلَّى طَرَفَيْه ، كالبَيْعِ . وبهذا فارَقَ ما إذا زَوَّجَ أمَتَه عبدَه الصغيرَ . وعلى هذه الرِّوايةِ ، إن وَكَّلَ مَن يَقْبَلُ له النِّكاحَ ، وتَوَلَّى هو الإيجابَ ، جازَ . وقال الشافعىُّ فى ابنِ العَمِّ والمَوْلَى : لا يُزَوِّجُهما إلَّا الحاكِمُ ، ولا يَجُوزُ أن

الإنصاف

إذا أرادَ أنْ يتزوَّجَ امْرَأةً ليس لها وَلِىٌّ ، فإنَّه يتزَوَّجُها بوِلايَةِ أحَدِ نُوَّابِه ؛ لأنَّهم نُوَّابٌ عن المُسْلِمين لا عنه . انتهى . وأطْلَقَ فى « التَّرْغِيبِ » رِوايتَيْن فى تَوَلِّى طَرَفَيْه ، ثم قال : وقيل : تَوَلِّى طَرَفَيْه يَخْتَصُّ بالمُجْبَرِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، مِن صَوَرِ تَوَلِّى الطَّرَفَيْنِ ، لو وَكَّلَ الزَّوْجُ الوَلِىَّ ، أو الوَلِىُّ

---

(1) الحديث ليس عند أبى داود . انظر فتح البارى ١٨٨/٩ . وعلقه البخارى ، فى : باب إذا كان الولى هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢١/٧ . ووصله عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٠١/٦ ، ٢٠٢ . وسعيد بن منصور فى : سننه ١٥٣/١ .

الشرح الكبير

يَتولَّى طَرَفَيِ العَقْدِ ، ولا أن يُوكِّلَ مَن يُزَوِّجُه ؛ لأنَّ وَكِيلَه بمَنْزِلَتِه ، وهذا عَقْدٌ مَلَكَه بالإِذْنِ ، فلا يَتولَّى طَرَفَيْه ، كالبَيْعِ ، ولا يَجُوزُ أن يُزَوِّجَه مَن هو أَبْعَدُ منه مِن أَوْليائِها ؛ لأنَّه لا وِلايةَ لهم مع وُجُودِه . ولَنا ، ما ذَكَرْناه مِن فِعْلِ الصَّحابةِ ، ولم يَظْهَرْ خِلافُه ، ولأنَّ وَكِيلَه يَجُوزُ أن يَلِيَ العَقْدَ عليها لغيرِه ، فصَحَّ أن يَلِيَه عليها له إذا كانت تَحِلُّ له ، كالإِمامِ إذا أرادَ أن يَتزَوَّجَ مُوَلِّيَتَه ، ولأنَّ هذه امرأةٌ لها وَلِيٌّ حاضرٌ غيرُ عاضِلٍ ، فلم يَلِه الحاكمُ ، كما لو أرادَ أن يُزَوِّجَها غيرُه . ومَفْهُومُ قولِه عليه الصلاةُ والسلامُ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ »[1] . أنَّه لا وِلايةَ له على هذه ، والبَيْعُ مَمْنُوعٌ ؛ فإنَّ الوَكِيلَ يَجُوزُ أن يَشْتَرِىَ ما وُكِّلَ فى بَيْعِه بإِذْنِ المُوَكِّلِ .

فصل : فأمَّا إن أذِنَتْ له فى تَزْوِيجِها ، ولم تُعَيِّنِ الزَّوْجَ ، لم يَجُزْ أن يُزَوِّجَها نَفْسَه ؛ لأنَّ إطْلاقَ الإِذْنِ يَقْتَضِى تَزْوِيجَها غيرَه ، ويَجُوزُ تَزْوِيجُها لوَلَدِه ؛ لأنَّه غيرُه . فإن زَوَّجَها لابْنِه الكبيرِ ، قَبِلَ لنَفْسِه ، وإن زَوَّجَها

الإنصاف

الزَّوْجَ ، أو وكَّلا واحِدًا . فعلى المذهبِ – وهو جوازُ [٣/١٨و] تَوَلِّى الطَّرَفَين – يكْفِى قوْلُه : زَوَّجْتُ فُلانًا فُلانَةَ . أو : تزوَّجْتُها . إنْ كان هو الزَّوْجَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُحرَّرِ »، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و «الوَجيزِ»، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرَى »، و «الفُروعِ»، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وقال : هو المَشْهورُ مِنَ الوَجْهَين . وقيل : يُعْتَبَرُ إيجابٌ وقَبولٌ . جزَم به فى « البُلْغَةِ » . فيقولُ : زَوَّجْتُ نَفْسِى فُلانَةَ . و : قَبِلْتُ هذا النِّكاحَ . ونحوَه . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . الثَّانيةُ ، لا يجوزُ لوَلِىٍّ

---

(١) تقدم تخريجه فى ٣١١/١٦ ، ٣١٢ .

المقنع

وَإِذَا قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَعْتَقْتُكِ ، وَجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . صَحَّ . وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ قِيمَتِهَا .

الشرح الكبير

لابْنِه الصَّغيرِ ، ففيه الرِّوايَتان فى تَوَلِّى طَرَفَىِ العَقْدِ ؛ فإن قُلْنا : لا يَتَوَلَّاه . فوَكَّلَ رجلًا يُزَوِّجُها لوَلَدِه ، وقَبِلَ هو النِّكاحَ له ، افْتَقَرَ إلى إذْنِها للوَكِيلِ ، على ما قَدَّمْنا فى أنَّ الوَكِيلَ لا يُزَوِّجُها إلَّا بإذْنِها . وإن وَكَّلَ رجلًا يَقْبَلُ النِّكاحَ لوَلَدِه ، وأوْجَبَ هو النِّكاحَ ، لم يَحْتَجْ إلى إذْنِها ؛ لأنَّها قد أذِنَتْ له .

٣١٢٥ – مسألة : (وإذا قَالَ السَّيِّدُ لأمَتِهِ : أعْتَقْتُكِ ، وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . صَحَّ ، فإن طَلَّقَهَا قبلَ الدُّخولِ ، رَجَع عليها بنِصْفِ قِيمَتِها) وكذلك إن قال : جَعَلْتُ عِتْقَ أَمَتِى صَداقَها . ظاهِرُ المذهبِ أنَّ الرجلَ متى أعْتَقَ [٦/١٠٥ظ] أمَتَه ، وجَعَل عِتْقَها صَداقَها ، فهو نِكاحٌ صَحِيحٌ . نَصَّ عليه أحمدُ فى روايةِ جماعةٍ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وفَعَلَه أنسُ بنُ مالكٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وأبو سَلَمَةَ ابنُ عبدِ الرحمنِ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وإسْحاقُ .

الإنصاف

المُجْبَرَةِ ؛ كبِنْتِ عَمِّه المَجْنونَةِ ، وعَتِيقَتِه المَجْنونَةِ ، نِكاحُها بلا وَلِىٍّ غيرِه أو حاكِمٍ . ذكَرَه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . قال الزَّرْكَشِىُّ : لايجوزُ ، بلانِزاعٍ . وقال فى « الرِّعايَةِ » : كبِنْتِ عَمِّه المَجْنونَةِ . وقيل : وعَتِيقَتِه المَجْنونَةِ .

قوله : وإذا قالَ السَّيِّدُ لأَمَتِه : أعْتَقْتُكِ وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . صَحَّ . هذا المذهبُ ، نصَّ عليه . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والمَشْهورُ عنه . رَواه عنه اثْنا عَشَرَ رجُلًا مِن أصحابِه ؛ منهم ابْناه عَبْدُ اللهِ

المقنع

وَعَنْهُ ، لا يَصِحُّ حَتَّى يَسْتَأْنِفَ نِكَاحَهَا بِإِذْنِهَا ، فَإِنْ أَبَتْ ذَلِكَ [٢٠٤ظ] فَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا .

الشرح الكبير

٣١٢٦ – مسألة : (وعنه ، لا يَصِحُّ حتى يَسْتَأْنِفَ نِكاحَها بإذْنِها ، فإن أبَتْ ، فعليها قِيمَتُها) قال الأوْزَاعِيُّ : يَلْزَمُها أن تَتَزَوَّجه . ورَوَى المَرُّوذِيُّ عن أحمدَ ، إذا أعْتَقَ أمَتَه ، وجَعَل عِتْقَها صَداقَها ، يُوَكِّلُ رجلًا يُزَوِّجُه . فظاهِرُ هذا أنَّه لم يَحْكُمْ بصِحَّةِ النِّكاحِ . قال أبو الخَطَّابِ : هي الصحيحةُ . واخْتارَها القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ، ومالكٍ ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ إيجابٌ وقَبُولٌ ، فلم يَصِحَّ لعَدَمِ أرْكانِه ، كما لو قال : أعْتَقْتُكِ . وسَكَت ، ولأنَّها بالعِتْقِ تَمْلِكُ نَفْسَها ،

الإنصاف

وصالِحٌ ، ومنهم المَيْمُونِىُّ ، والمَرُّوذِىُّ ، وابنُ القاسِمِ ، وحَرْبٌ . وهو المُخْتارُ لجُمْهورِ الأصحابِ ؛ الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ ، والشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ ، والقاضى فى مَوْضِعٍ . قال فى « التَّعْليقِ » : هو المَشْهورُ مِن قوْلِ الأصحابِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : هذا ظاهِرُ المذهبِ . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وجزَم به فى « الإرْشادِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « العُمْدَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يصِحُّ حتى يسْتأنِفَ نِكاحَها بإذْنِها ، فإنْ أبَتْ ذلك ، فعليها قِيمَتُها . اخْتارَه ابنُ حامِدٍ ، والقاضى فى « خِلافِه » ، و « رِوايَتَيْه » ، وأبو الخَطَّابِ فى كُتُبِه الثَّلاثَةِ ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وقال : إنَّه الأشْبَهُ بالمذهبِ . وصحَّحه فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . قال ابنُ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » : فمنهم مَن مأْخَذُه انْتِفاءُ لَفْظِ

الشرح الكبير

فيَجِبُ أن يُعْتَبَرَ رِضَاها ، كما لو فَصَل بينَهما ، ولأنَّ العِتْقَ يُزِيلُ مِلْكَه عن الاسْتِمْتاعِ بحُكْمِ المِلْكِ ، فلا يَجُوزُ أن يَسْتَبِيحَ الوَطْءَ بنَفْسِ المُسَمَّى ، فإنَّه لو قال : بِعْتُكَ هذه الأمَةَ على أن تُزَوِّجَنِيها بالثَّمَنِ . لم يَصِحَّ . ولَنا ، ما رَوَى أنَسٌ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ أعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وجَعَل عِتْقَها صَدَاقَها . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وفى لَفْظٍ : أعْتَقَها وتَزَوَّجَها . فقلتُ : يا أبا حَمْزَةَ ، ما أصْدَقَها ؟ قال : نَفْسَها ، عِتْقَها . ورَوَى الأثْرَمُ بإسْنادِه عن صَفِيَّةَ ، قالتْ : أعْتَقَنِى رسولُ اللهِ ﷺ ، وجَعَل عِتْقِى صَدَاقِى[2] . وبإسْنادِه عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنَّه كان يقولُ : إذا أعْتَقَ الرجلُ أمَّ وَلَدِه ، فجعَلَ عِتْقَها صَداقَها ، فلا بَأْسَ بذلك . ومتى ثَبَت العِتْقُ صَداقًا ، ثَبَت النِّكاحُ ؛ لأنَّ[3] الصَّداقَ لا يَتَقَدَّمُ النِّكاحَ ، ولو تأخَّرَ العِتْقُ عن النِّكاحِ لم يَجُزْ ،

الإنصاف

النِّكاحِ الصَّريحِ ؛ وهو ابنُ حامِدٍ ، ومنهم مَن مأْخَذُه انْتِفاءُ تقدُّمِ الشَّرْطِ . فعلى الرِّوايَةِ الثَّانيةِ ، يكونُ مَهْرُها العِتْقَ . وقيل : بل مَهْرَ المِثْلِ . ذكَرَه فى « الرِّعايَةِ » . فعلى المذهبِ ، يصِحُّ عَقْدُ النِّكاحِ منه وحدَه . وقال ابنُ أبى مُوسى : إحْدَى الرِّوايتَيْن ، أنَّه يسْتأْنِفُ العَقْدَ عليها بإذْنِه دُونَ إذْنِها ورِضاها ؛ لأنَّ العَقْدَ وقَع على هذا الشَّرْطِ ، فيُوَكِّلُ مَن يعْقِدُ له النِّكاحَ بأمْرِه . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وهو حسَنٌ . وكلامُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ يدُلُّ عليه لمَن تأمَّلَه .

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٦ .

(٢) أخرجه أبو يعلى ، فى : مسنده ١٣/٣٥ . والطبرانى ، فى : المعجم الكبير ٢٤/٧٤ . وانظر الإرواء ٦/٢٥٧ ، ٢٥٨ .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فدَلَّ على أنَّه انْعقَدَ بهذا اللَّفْظِ ، ولأنَّه لم يُنْقَلْ عن النبيِّ ﷺ أنَّه اسْتأْنَف عَقْدًا ، ولو اسْتأْنَفَه لظَهَرَ ، ونُقِلَ كما نُقِلَ غيرُه ، ولأنَّ مَن جازَ له تزْويجُ امرأةٍ لغيرِه مِن غيرِ قَرابَةٍ ، جازَ له أن يَتزَوَّجَها ، كالإِمامِ . وقولُهم : لم يُوجَدْ إيجابٌ ولا قَبُولٌ . عَدِيمُ الأثرِ ؛ فإنَّه لو وُجِدَ لم يَحْكُموا بصِحَّتِه ، وعلى أنَّه إن لم يُوجَدْ فقد وُجِدَ ما يَدُلُّ عليه ، وهو جَعْلُ العِتْقِ صَداقًا ، فأشْبَهَ ما[1] لو تزَوَّجَ امرأةً هو وَلِيُّها ، أو[2] قال الخاطِبُ للوَلِيِّ : أزَوَّجْتَ ؟ قال : نعم[3] . عندَ أصْحابِنا ، وكما لو أتَى بالكِناياتِ عندَ أبي حنيفةَ ومَن وافَقَه .

فصل : ولا فَرْقَ بينَ أن يقولَ : أعْتَقْتُكِ وجَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ ، وتَزَوَّجْتُكِ . أو لا يقولَ : وتزَوَّجْتُكِ . وكذلك قولُه : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . أو[4] : جَعَلْتُ صَداقَكِ عِتْقَكِ . كذلك ذَكَرَه الخِرَقِيُّ .

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، لهذه المَسْأَلَةِ صُوَرٌ ؛ منها ، ما ذكَرَه المُصَنِّفُ هنا ، ونقَلَه صالِحٌ وغيرُه . ومنها ، لو قال : جعَلْتُ عِتْقَ أَمَتِي صَداقَها . أو : جعَلْتُ صَداقَ أَمَتِي عِتْقَها . أو : قد أعْتَقْتُها وجعَلْتُ عِتْقَها صَداقَها . أو : أعْتَقْتُها على أنَّ عِتْقَها صَداقُها . أو : أعْتَقْتُكِ على أنْ أتزَوَّجَكِ ، وعِتْقُكِ صَداقُكِ . نصَّ عليهما . وهذا المذهبُ في ذلك كلِّه ، لكِنْ يُشْترَطُ أنْ يكونَ مُتَّصِلًا بذلك . نصَّ عليه . وأنْ يكونَ

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) في م : « ولو » .
(٣) بعده في م : « صح » .
(٤) في م : « و » .

الشرح الكبير

ونَصَّ أحمدُ فى روايةِ صالحٍ : إذا قال : جَعَلْتُ عِتْقَكِ صَدَاقَكِ . أو : صَدَاقَكِ عِتْقَكِ . كلٌّ[1] ذلك جائزٌ . ويُشْتَرَطُ لصِحَّةِ النِّكاحِ أن لا يكونَ بينَهما فَصْلٌ ، فلو قال : أعْتَقْتُكِ . وسَكَتَ سُكوتًا يُمْكِنُه الكلامُ فيه ،أو تَكَلَّمَ بكلامٍ أجْنَبِىٍّ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّها صارتْ بالعِتْقِ حُرَّةً ، فتَحْتاجُ[2] أن يَتَزَوَّجَها بِرِضَاها بعَقْدٍ وصَداقٍ جديدٍ . ولا بُدَّ مِن حُضورِ شاهِدَيْن إذا [٦/١٠٦و] قُلْنا باشْتِراطِ الشَّهادَةِ فى النِّكاحِ . نصَّ على ذلك فى روايةِ الجماعةِ ؛ لقولِه : « لا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وَشَاهِدَيْنِ »[3] .

فصل : وإذا قُلْنا بصِحَّةِ النِّكاحِ ، فطَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، رَجَع عليها

الإنصاف

بحَضْرَةِ شاهِدَين إن اشْتَرَطْناهما . وقال ابنُ حامِدٍ : لا يصِحُّ ذلك إلَّا مع قوْلِه أيضًا : وتزَوَّجْتُها . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يَتَوَجَّهُ أنْ لا يصِحَّ العِتْقُ ، إذا قال : جعلْتُ عِتْقَكِ صَداقَكِ . فلم تقْبَلْ ؛ لأنَّ العِتْقَ لم يَصِرْ صَداقًا ، وهو لم يُوقِعْ غيرَ ذلك . ويتوَجَّهُ أنْ لا يصِحَّ ، وإنْ قَبِلَتْ ؛ لأنَّ هذا القَبُولَ لا يَصِيرُ به العِتْقُ صَداقًا ، فلم يتحَقَّقْ ما قالَ . ويتوَجَّهُ فى قوْلِه : قد أعْتَقْتُها ، وجعَلْتُ عِتْقَها صَداقَها . أنَّها إنْ قَبِلَتْ ، صارَتْ زوْجَةً ، وإلَّا عتَقَتْ مجَّانًا ، أو لم تعْتِقْ بحالٍ ؛ الثَّانيةُ ، قوْلُه : فإنْ طلَّقَها قبلَ الدُّخُولِ بها ، رجَع عليها بنِصْفِ قِيمَتِها . بلا نِزاعٍ . ونقَلَه الجماعَةُ . لكِنْ إذا لم تكُنْ قادِرَةً ، فهل يَنْتَظِرُ القُدْرَةَ ، أو يُسْتَسْعَى ؟ فيه رِوايَتان مَنْصُوصَتان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . قال

(١) فى م : « كان » .

(٢) بعده فى م : « إلى » .

(٣) أخرجه الطبرانى ، فى : المعجم الكبير ١٥٥/١١ . عن ابن عباس ، وعزاه له الهيثمى فى الأوسط والكبير عن أبى موسى ، وضعف إسنادهما . مجمع الزوائد ٢٨٦/٤ .

الشرح الكبير

بِنِصْفِ قِيمَتِها ؛ لأنَّ الطَّلاقَ قبلَ الدُّخولِ يُوجِبُ الرُّجوعَ فى نِصْفِ ما فَرَض لها ، وقد فَرَض لها نَفْسَها ، ولا سَبيلَ إلى الرُّجوعِ فى الرِّقِّ بعدَ زَوالِه ، فرَجَعَ بِنِصْفِ قِيمَةِ نَفْسِها . وبهذا قال الحسنُ ، والحَكَمُ[1] . وقال الأوْزاعِىُّ : يَرْجِعُ بقِيمَتِها[2] . ولَنا ، أنَّه طَلاقٌ قبلَ الدُّخولِ ، فأوْجَبَ الرُّجُوعَ بالنِّصْفِ ، كسائِرِ الطَّلاقِ . وتُعْتَبَرُ القِيمَةُ حالَةَ الإِعْتاقِ ؛ لأنَّها حالَةُ الإِتْلافِ . فإن لم تكُنْ قادِرَةً على نِصْفِ القِيمَةِ ، فهل تُسْتَسْعَى فيها ،

الإنصاف

القاضى ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ : أصْلُهما المُفْلِسُ إذا كانَ له حِرْفَةٌ ، هل يُجْبَرُ على الاكْتِساب ؟ على الرِّوايتَيْن فيه . وتقدَّم فى باب الحَجْرِ ، أنَّ الصَّحيحَ مِنَ المذهب ، أنَّه يُجْبَرُ ، فيكونُ الصَّحيحُ هنا أنَّها تُسْتَسْعَى . الثَّالثةُ ، لو أعتقَتِ المَرْأةُ عَبْدَها على أنْ يتزَوَّجَها بسُؤالِه أوَّلًا ، عتَق مجَّانًا . ويأْتِى ذلك فى كلام المُصَنِّفِ ، فى الفَصْلِ الأوَّلِ مِن كِتابِ الصَّداقِ . وإنْ قال : أعْتِقْ عَبْدَكَ عنِّى على أنْ أُزَوِّجَكَ ابْنَتِى أو أَمَتِى . ففعَل ، عتَق ولَزِمَه قِيمَتُه ؛ لأنَّ الأمْوالَ لا يُسْتَحَقُّ العَقْدُ عليها بالشَّرْطِ . قال القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ [١٨/٣ظ] ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم : لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يتوَجَّهُ صِحَّةُ السَّلَفِ فى العُقودِ ، كما يصِحُّ فى غيرِه ، ويصِيرُ العَقْدُ مُسْتحَقًّا على المُسْتَسْلِفِ إنْ فعَل ، وإلَّا قامَ الحاكِمُ مَقامَه ، ولأنَّ هذا بمَنْزِلَةِ الهِبَةِ المَشْرُوطِ فيها الثَّوابُ . الرَّابعةُ ، المُكاتَبَةُ والمُدَبَّرَةُ والمُعَلَّقُ عِتْقُها بصِفَةٍ ، كالقِنِّ فى جَعْلِ عِتْقِهِنَّ صَداقَهُنَّ . ذكَرَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، وغيرُهما مِنَ الأصحابِ ؛ لأنَّ أحْكامَ الرِّقِّ ثابِتَةٌ فيهِنَّ كالقِنِّ . وذكَر أبو الحُسَيْنِ احْتِمالًا فى المُكاتَبَةِ ، أنَّه لا يصِحُّ بدُونِ إذْنِها . قال العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ : وهو الصَّحيحُ ؛ لأنَّ

---

(١) فى م : « الحاكم » .

(٢) فى المغنى ٤٥٥/٩ : « بربع قيمتها » .

الشرح الكبير

أو تكونُ دَيْنًا تُنْظَرُ به إلى حالَةِ القُدْرَةِ ؟ على رِوايَتَيْن . وإن قُلْنا : إنَّ النِّكاحَ لا يَنْعَقِدُ بهذا القولِ . فعليها قِيمَةُ نَفْسِها ؛ لأنَّه أزالَ مِلْكَه بعِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له ، فرَجَعَ إلى قِيمَةِ المُفَوَّتِ ، كالبَيْعِ الفاسِدِ . وكذلك إن قُلْنا : إنَّ النِّكاحَ انْعَقَدَ به . فارْتَدَّتْ (١قبلَ الدُّخولِ١) ، أو فَعَلَتْ ما يَنْفَسِخُ به نِكاحُها ، مثلَ أن أرْضَعَتْ زَوْجَةً له صغيرةً ، ونحو ذلك ، انْفَسَخَ نِكاحُها ، وعليها قِيمَةُ نَفْسِها .

الإنصاف

الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نصَّ فى رِوايَةِ المَرُّوذِىِّ أنَّها لا تُجْبَرُ على النِّكاحِ . وأمَّا المُعْتَقُ بعضُها ، فصرَّح القاضى فى « المُجَرَّدِ » بأنَّها كالقِنِّ فى ذلك ، وتَبِعَه ابنُ عَقِيلٍ ، والحَلْوانِىُّ . وأمَّا أُمُّ الوَلَدِ ، فقطَع القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الجامِعِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، والأكْثَرُون أنَّها كالقِنِّ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى ، فى رِوايَةِ الأثْرَمِ ؛ فإنَّه قال فى رَجُلٍ : يعْتِقُها ويتزَوَّجُها ؟ فقال : نعم ، يعْتِقُها ويتزَوَّجُها ؛ لأنَّ أحْكامَها أحْكامُ الإماءِ . وهذا العِتْقُ المُعَجَّلُ ليس هو المُسْتَحَقَّ بالمَوْتِ ؛ ولهذا يصِحُّ كِتابَتُها ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يصِحُّ جَعْلُ عِتْقِها صَداقَها . وصرَّح به القاضى على ظَهْرِ « خِلافِه » ، مُعَلِّلًا بأنَّ عِتْقَها مُسْتَحَقٌّ عليه ، فيكونُ الصَّداقُ هو تعْجيلَه ، وذلك لا يكونُ صَداقًا . قال الخَلَّالُ : قال هارُونُ المُسْتَمْلِى[٢] لأحمدَ : أُمُّ وَلَدٍ أعْتقَها مَوْلاها ، وأشْهَدَ على تَزْوِيجِها ، ولم يُعْلِمْها ؟ قال : لا ، حتى يُعْلِمَها . قلتُ : فإنْ كان قد فعَل ؟ قال : يَسْتَأْنِفُ التَّزْويجَ الآن ، وإلَّا فإنَّه لا تحِلُّ له حتى يُعْلِمَها ، فلعَلَّها لا

(١ - ١) فى م : « قبله » .

(٢) هو هارون بن سفيان بن راشد المستملى ، أبو سفيان ، يعرف بمكحلة . قال الخلال : رجل قديم مشهور معروف ، عنده عن أبى عبد الله مسائل كثيرة ، ومات ولم يحدث بها . توفى سنة أربع وعشرين وسبعمائة . طبقات الحنابلة ١/٣٩٥ .

الشرح الكبير

فصل : وإن قال لأمَتِه : أعْتَقْتُكِ على أن تُزَوِّجِينى نَفْسَكِ ، ويَكُونَ عِتْقُكِ صَداقَكِ . أو لم يَقُلْ : ويكونَ عِتْقُكِ صَداقَكِ[1] . فَقَبِلَتْ ، عَتَقَتْ ، ولم يَلْزَمْها أن تُزَوِّجَه نَفْسَها ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو أسْلَفَ حُرَّةً ألْفًا على أن يَتَزَوَّجَها ، ولأنَّه أسْقَطَ حَقَّها[2] مِن الخِيارِ قبلَ وُجُودِ سَبَبِه ، فلم يَسْقُطْ ، كالشَّفِيعِ يُسْقِطُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ . ويَلْزَمُها قِيمَةُ نَفْسِها . أوْمَأ إليه أحمدُ فى رِوايَةِ عبدِ اللهِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه أزالَ مِلْكَه منها بشَرْطِ عِوَضٍ لم يُسَلَّمْ له[1] ، فاسْتَحَقَّ الرُّجُوعَ بقِيمَتِه ، كالبَيْعِ الفاسدِ إذا تَلِفَتِ السِّلْعَةُ فى يَدِ المُشْتَرِى ،

الإنصاف

تريدُ أنْ تتزوَّجَ ، وهى أمْلَكُ بنفْسِها . فيَحْتَمِلُ ذلك ، ويَحْتَمِلُ أنَّه أعْتَقَها مُنْجزًا ، ثم عقَد عليها النِّكاحَ ، وهو ظاهِرُ لفْظِه . الخامسةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو أعْتَقَها وزَوَّجَها لغيرِه ، وجعَل عِتْقَها صَداقَها ، فقِياسُ المذهبِ صِحَّتُه ، ويَحْتَمِلُ أنْ يكونَ ذلك مَخْصُوصًا بالسَّيِّدِ . السَّادِسةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو قال : أعْتَقْتُ أَمَتِى ، وزَوَّجْتُكَها على ألْفٍ . فقِياسُ المذهبِ ، جَوازُه ؛ فإنَّه مِثْلُ قوْلِه : أعْتَقْتُها وأكْرَيْتُها منك سنَةً بألْفٍ . وهذا بمَنْزِلَةِ اسْتِثْناءِ الخِدْمَةِ . السَّابعةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : إذا قال : أعْتَقْتُكِ وتزَوَّجْتُكِ على ألْفٍ . فيَنْبَغِى أنْ يصِحَّ النِّكاحُ هنا ، إذا قيلَ به فى إصْداقِ العِتْقِ بطَرِيقٍ أوْلَى . وعلَّلَه . الثَّامِنَةُ ، قال الأَزَجِيُّ فى « النِّهايَةِ » : إذا قال السَّيِّدُ لأَمَتِه : أَعْتَقْتُكِ على أنْ تتزَوَّجِى بى . فقالتْ : رَضِيتُ بذلك . نفَذ العِتْقُ ، ولم يلْزَمْها الشَّرْطُ ، بل هى بالخِيارِ فى الزَّواجِ وعدَمِه . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يَحْتَمِلُ عندى أنْ

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « حقه » .

الشرح الكبير

والنِّكاحِ الفاسدِ إذا اتَّصَلَ به الدُّخولُ . ويَحْتَمِلُ أن لا يَلْزَمَها شيءٌ ، بناءً على ما إذا قال لعَبْدِه : أعْتَقْتُكَ على أن تُعْطِيَنِى ألْفًا . وهذا قولُ مالكٍ ، وزُفَرَ ؛ لأنَّ هذا ليس بلَفْظِ شَرْطٍ ، فأشْبَهَ ما لو قال : أعْتَقْتُكِ ، وزَوِّجِينِى نَفْسَكِ . وتُعْتَبَرُ القِيمَةُ حالَةَ العِتْقِ ، ويُطالِبُها فى الحالِ إن كانت قادِرةً عليها . وإن كانت مُعْسِرَةً ، فهل تُنْظَرُ إلى المَيْسَرَةِ أو تُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على وَجْهَيْن ، أصْلُهما فى المُفْلِسِ هل يُجْبَرُ على الكَسْبِ ؟ على رِوايتَيْن[1] .

فصل : وإنِ اتَّفقَ السَّيِّدُ والأمَةُ على أن يُعْتِقَها وتُزَوِّجَه نَفْسَها ، فتَزَوَّجَها على ذلك ، صَحَّ ، ولا مَهْرَ لها غيرَ ما شَرَط مِن العِتْقِ . وبه قال أبو يُوسُفَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يكونُ العِتْقُ صَداقًا ، لكنْ إن تَزَوَّجَها على القِيمَةِ التى له[2] فى ذِمَّتِها ، وهما يَعْلَمان القِيمَةَ ، صَحَّ الصَّداقُ . ولَنا ، أنَّ العِتْقَ صَلَح[3] صَدَاقًا فى حَقِّ النبىِّ ﷺ ، فيَجُوزُ فى حَقِّ أُمَّتِه ، كالدَّراهِمِ ، ولأنَّه يَصْلُحُ عِوَضًا فى البَيْعِ ، فإنَّه لو قال : [٦/١٠٦ظ] أعْتِقْ عَبْدَكَ على ألفٍ . جازَ ، فلأنْ يكونَ عِوَضًا فى النِّكاحِ أوْلَى ؛ فإنَّ النِّكاحَ لا يُقْصَدُ فيه العِوَضُ . وعلى هذا ، لو تَزَوَّجَها على أن يُعْتِقَ أباها ، صَحَّ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ عبدِ اللهِ . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ العِتْقَ يَصِيرُ صَدَاقًا ،

الإنصاف

يَلْزَمَها . والأوَّلُ أصحُّ . التَّاسعةُ ، قال القاضى : لو قال الأبُ ابْتِداءً : زَوَّجْتُكَ

---

(١) انظر ماتقدم فى ١٣/٣٣٩ - ٣٤٢ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

كما لو دَفَع إليها مالًا ثم تزوَّجها عليه . فإن بَذَلَتْ له نَفْسَها ليَتزوَّجها فامْتَنَعَ ، لم يُجْبَرْ ، وكانت له القِيمَةُ ؛ لأنَّها إذا لم تُجْبَرْ على تَزْوِيجِه نَفْسَها ، لم يُجْبَرْ هو على قَبُولِها . وحُكْمُ المُدَبَّرَةِ والمُعَلَّقِ عِتْقُها بِصِفَةٍ[1] وأُمِّ الوَلَدِ ، حُكْمُ الأمَةِ القِنِّ فى جَمِيعِ ما ذَكَرْناه .

فصل : ولا بَأْسَ أن يُعْتِقَ الرجلُ الأمَةَ ثم يَتزوَّجَها ، سواءٌ أعْتَقَها لوَجْهِ اللهِ تعالى ، أو أعْتَقَها ليتزوَّجَها . وكَرِهَ أنسٌ تزوُّجَ[2] مَن أعْتَقَها لوَجْهِ اللهِ تعالَى . قال الأثْرَمُ : قلتُ لأبى عبدِ اللهِ : رَوَى شُعْبَةُ ، عن قَتادَةَ ، عن أنَسٍ ، أنَّه كَرِه أن يُعْتِقَ الأمَةَ ثم يَتزوَّجَها[3] ؟ قال : نعم ، ذاكَ إذا أعْتَقَها للهِ ، كَرِهَ أن يَرْجِعَ فى شىءٍ منها[4] . ولَنا ، ما رَوَى أبو موسى ، قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ ، فَعَلَّمَهَا ، وَأَحْسَنَ إلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا ، وَتَزَوَّجَهَا ، فَذَلِكَ لَهُ أجْرَانِ » . مُتَّفَقٌ عليه[5] . ولأنَّه إذا

الإنصاف

ابْنَتِى على عِتْقِ أَمَتِكَ . فقال : قَبِلْتُ . لم يَمْتَنِعْ أنْ يصِحَّ .

---

(1) فى الأصل : « على صفة » .

(2) فى م : « تزويج » .

(3) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٥٧ .

(4) سقط من : م .

(5) أخرجه البخارى ، فى : باب تعليم الرجل أمته وأهله ، من كتاب العلم ، وفى : باب فضل من أدب جاريته وعلمها ، من كتاب العتق ، وفى : باب فضل من أسلم من أهل الكتابين ، من كتاب الجهاد ، وفى : باب : ﴿ واذكر فى الكتاب مريم ... ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١ / ٣٥ ، ٣ / ١٩٥ ، ٤ / ٧٤ ، ٢٠٤ ، ٧ / ٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإيمان برسالة نبينا محمد ﷺ ... ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١ / ١٣٤ ، ١٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٣ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٢٩ . والدارمى ، فى : باب فضل من أعتق أمة ثم تزوجها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٥٤ ، ١٥٥ . والإمام أحمد ، فى :=

المقنع

فَصْلٌ : الرَّابعُ ، الشَّهادَةُ . فَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ ، ذَكَرَيْنِ ، بَالِغَيْنِ ، عَاقِلَيْنِ ، وَإِنْ كَانَا ضَرِيرَيْنِ .

الشرح الكبير

تَزَوَّجَها ، فقد أحْسَنَ إليها بإعْفافِها[1] وصِيانَتِها ، فلم يُكْرَهْ ، كما لو زَوَّجَها غيرَه ، وليس فى هذا رُجُوعٌ فيما جُعِلَ للهِ ؛ فإنَّه إنَّما يَتزَوَّجُها بصَداقِها ، فهو بمَنْزِلَةِ مَن اشْتَرَى منها شيئًا .

فصل : وإذا قال : أعْتِقْ عَبْدَكَ على أن أُزَوِّجَكَ ابْنَتِى . فأعْتَقَه ، لم يَلْزَمْه أن يُزَوِّجَه ابْنَتَه[2] ؛ لأنَّه سَلَفٌ فى نِكاحٍ ، وعليه قِيمَةُ العبدِ[3] . وقال الشافعىُّ فى أحَدِ القَوْلَيْن : لا يَلْزَمُه شىءٌ ؛ لأنَّه لا فائدةَ له فى العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه أزَالَ مِلْكَه عن عَبْدِه بعِوَضٍ شَرَطَه ، فلَزِمَه عِوَضُه ، كما لو قال : أعْتِقْ عَبْدَكَ عَنِّى وعلىَّ ثَمَنُه . وكما لو قال : طَلِّقْ زَوْجَتَكَ و[4] علىَّ أَلْفٌ . فطَلَّقَها . أو : أَلْقِ مَتاعَكَ فى البَحْرِ وعلىَّ ثَمَنُه . وبهذه الأُصُولِ يَبْطُلُ قَوْلُهم : إنَّه لَا فائِدَةَ له فى العِتْقِ .

فصل : قال ، رَضِىَ اللهُ عنه : (الرَّابِعُ ، الشَّهادَةُ ، فلا يَنْعَقِدُ إلَّا بشاهِدَيْن عَدْلَيْن بالِغَيْن عاقِلَيْن ، وإن كانا ضَرِيرَيْن) المَشْهُورُ عن أحمدَ ،

الإنصاف

قوله : الرَّابعُ ، الشَّهادَةُ ، فلا ينْعَقِدُ إلَّا بشاهِدَين . احْتِياطًا للنَّسَبِ ، خَوْفَ الإنْكارِ . وهذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، أنَّ الشَّهادَةَ ليستْ مِن شُروطِ

= المسند ٣٩٥/٤ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤١٤ .

(١) فى الأصل : « بإعتاقها » .

(٢) فى الأصل : « ابنه » .

(٣) فى م : « عبد » .

(٤) سقطت الواو من النسختين ، وانظر المغنى ٤٥٩/٩ .

الشرح الكبير

رَحِمَه اللهُ ، أنَّ الشَّهادَةَ شَرْطٌ لِصِحَّةِ النِّكاحِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وعلىٍّ . وهو قولُ ابنِ عباسٍ ، وسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وجابرِ بنِ زيدٍ ، والحسنُ بنُ علىٍّ ، وابنُ الزُّبَيْرِ ، وسالمٌ وحَمْزَةُ ابْنَا ابنِ عمرَ . وبه قال عبدُ اللهِ بنُ إدْرِيسَ[1] ، وعبدُ الرحمنِ بنُ مَهْدِىٍّ ، ويزيدُ بنُ هارونَ ، والحسنِ ، والنَّخَعِىِّ ، وقَتادَةَ ، والثَّوْرِىِّ ، والأَوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ ، أنَّه يَصِحُّ بغيرِ شُهُودٍ . فَعَلَه ابنُ عمرَ ، والعَنْبَرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وهو قولُ الزُّهْرِىِّ ، ومالكٍ ، إذا أعْلَنُوه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَثْبُتُ فى الشَّاهِدَيْن فى النِّكاحِ خَبَرٌ . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ[2] : وقد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ وشَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ » . مِن حديثِ ابنِ عباسٍ ، وأبى هُرَيْرَةَ ، وابنِ عمرَ[3] ، إلَّا أنَّ فى نَقَلَةِ ذلك ضَعْفًا ، فلم أذْكُرْه . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أعْتَقَ النبىُّ ﷺ صَفِيَّةَ بنتَ حُيَىٍّ وتَزَوَّجَها بغيرِ شُهودٍ[4] . [١٠٧/٦و] قال أنَسُ بنُ مالِكٍ : اشْتَرَى رسولُ اللهِ ﷺ جارِيَةً بِسَبْعَةِ أرْؤُسٍ ، قال النَّاسُ : ما نَدْرِى أتَزَوَّجَها رسولُ اللهِ ﷺ أم جَعَلَها أُمَّ وَلَدٍ ؟ فلمَّا أرادَ

الإنصاف

النِّكاحِ . ذكَرَها أبو بَكْرٍ فى « المُقْنِعِ » ، وجماعَةٌ . وأطْلَقَها أكْثَرُهم . وقيَّد

---

(١) عبد الله بن إدريس بن يزيد بن عبد الرحمن أبو محمد الأودى الكوفى ، الإمام الحافظ المقرئ القدوة ، شيخ الإسلام ، كان عابدًا فاضلا ثقة ، كان يسلك فى كثير من فتياه مسلك أهل المدينة ، توفى سنة اثنتين وتسعين ومائة . سير أعلام النبلاء ٩/٤٢ – ٤٨ .

(٢) فى : التمهيد ١٩/٨٩ .

(٣) حديث ابن عباس وابن عمر أخرجهما الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٢٢١ ، ٢٢٢ ، ٢٢٥ . وحديث أبى هريرة عزاه الهيثمى للطبرانى فى الأوسط وقال : وفيه سليمان بن أرقم وهو متروك . مجمع الزوائد ٤/٢٨٦ .

(٤) انظر تخريج حديث أنس صفحة ٦٦ .

الشرح الكبير

أن يَرْكَبَ حَجَبَها ، فعلِموا أنَّه تزوَّجها . مُتَّفقٌ عليه[1] . قال : فاسْتَدلُّوا على تَزْويجِها بالحِجابِ . وقال يزيدُ بنُ هارونَ : أمَرَ اللهُ بالإشْهادِ فى البَيْعِ دُونَ النِّكاحِ ، فاشْتَرَطَ أصحابُ الرَّأْىِ الشَّهادَةَ للنِّكاحِ[2] ، ولم يَشْتَرِطُوها للبَيْعِ[3] ! ووَجْهُ الأُولَى أنَّه قد رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ ، أنَّه قال : « لَا نِكَاحَ إلَّا بِوَلِىٍّ مُرْشِدٍ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[4] . ورَوَى الدَّارَقُطْنِىُّ[5] عن عائشةَ ، عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَابُدَّ فِى النِّكَاحِ مِنْ أرْبَعَةٍ ؛ الوَلِىُّ ، والزَّوْجُ ، والشَّاهِدَانِ » . ولأنَّه يَتَعَلَّقُ به حَقُّ غيرِ[6] المُتَعاقِدَيْن ، وهو الوَلَدُ ، فاشْتُرِطَتِ الشَّهادَةُ فيه ؛ لئلَّا يَجْحَدَه أبُوه ، فيَضِيعَ نَسَبُه ، بخِلافِ البَيْعِ . فأمَّا نِكاحُ النبىِّ ﷺ بغيرِ وَلِىٍّ ولا شُهودٍ ، فمِن خَصائِصِه فى النِّكاحِ ، فلا يُلْحَقُ به غيرُه .

فصل : ويُشْتَرَطُ فى الشُّهودِ الذُّكُورِيَّةُ ، والعَدالَةُ ، والعَقْلُ ،

الإنصاف

المَجْدُ وجماعَةٌ مِنَ الأصحابِ بما إذا لم يكْتُموه ، فمع الكَتْمِ تُشْتَرَطُ الشَّهادَةُ ، رِوايَةً واحدَةً . وذكَرَه بعضُهم إجْماعًا . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ، واللهُ أعلمُ ، مِن تصَرُّفِ المَجْدِ ، ولذلك جعَلَه ابنُ حَمْدانَ قوْلًا . انتهى .

قوله : عَدْلَين ذكَرَين بالِغَين عاقِلَين ، وإنْ كانا ضَرِيرَين . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٦ .

(٢) فى م : « فى النكاح » .

(٣) فى م : « فى البيع » .

(٤) عزاه الهيثمى للطبرانى فى الأوسط من حديث ابن عباس . مجمع الزوائد ٤/٢٨٦ . وأخرجه عنه البيهقى فى : السنن الكبرى ٧/١٢٤ . وصحح وقفه .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣١ .

(٦) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والبُلوغُ ، والإِسْلامُ ، فأمَّا الذُّكُورِيَّةُ ، فقال أحمدُ : إذا تزَوَّجَ بشَهادَةِ نِسْوَةٍ ، لم يَجُزْ ذلك ؛ لما روَى أبو عُبَيْدٍ[1] فى « الأمْوالِ » عن الزُّهْرِىِّ ، قال : مَضَتِ السُّنَّةُ مِن رسولِ اللهِ ﷺ أن لا تَجُوزَ شَهادَةُ النِّساءِ فى الحُدُودِ ، ولا فى النِّكاحِ ، ولا فى الطَّلاقِ . ولأنَّه عَقْدٌ ليس بمالٍ ، ولا المَقْصُودُ منه المالَ ، ويَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ فى غالِبِ الأحْوالِ ، فلم يَثْبُتْ بشَهادَتِهِنَّ كالحُدُودِ . الثانى ، العَدالَةُ ، وفى انْعِقادِ النِّكاحِ بشهادَةِ الفاسِقَيْن رِوايتَان ؛ إحْدَاهما ، لا يَنْعَقِدُ . وهو مذهبُ الشَّافعىِّ ؛ للخَبَرِ . ولأنَّ النِّكاحَ لا يَثْبُتُ بشَهادَتِهما ، فلم يَنْعَقِدْ بحُضُورِهما ، كالمَجْنُونَيْن . والثانيةُ ، يَنْعَقِدُ بشَهادَتِهما . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه تَحَمُّلٌ ، فصَحَّتْ مِن الفاسِقِ ، كسائرِ التَّحَمُّلاتِ . وعلى كلتا الرِّوَايتَيْن لا تُعْتَبَرُ حَقِيقَةُ العَدالَةِ ، بل يَنْعَقِدُ بشهادَةِ مَسْتُورِى الحالِ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يكونُ فى القُرَى والبَوادِى ، وبينَ عامَّةِ النَّاسِ ممَّن[2] لا يَعْرِفُ حقيقةَ العَدالَةِ ، فاعْتِبارُ ذلك يَشُقُّ ، فاكْتُفِىَ بظاهِرِ الحالِ ، وكَوْنِ الشَّاهِدِ مَسْتُورًا لم يَظْهَرْ فِسْقُه ، فإن تَبَيَّنَ بعدَ العَقْدِ أنَّه كان فاسِقًا ، لم يُؤَثِّرْ فى العَقْدِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ العَدالَةُ ظاهِرًا ، وهو أن لا يكونَ ظاهِرَ الفِسْقِ ، وقد تَحَقَّقَ ذلك . وقيل : نَتَبَيَّنُ أنَّ النِّكاحَ كان فاسِدًا ؛ لعَدَمِ الشَّرْطِ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لو كانتِ العَدالَةُ

الإنصاف

وعليه الأصحابُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) وأخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١٠/٥٨ مختصرًا . وانظر نصب الراية ٤/٧٩ ، وتلخيص الحبير ٤/٢٠٧ .

(٢) فى م : « مما » .

الشرح الكبير

الباطِنَةُ شَرْطًا ، لَوَجَبَ الكَشْفُ عنها ؛ لأنَّه مع الشَّكِّ فيها يكونُ الشَّرْطُ مَشْكوكًا فيه ، فلا يَنْعَقِدُ[1] النِّكاحُ ، ولا تَحِلُّ المرأةُ مع الشَّكِّ فى صِحَّةِ نِكَاحِها . وإن حَدَثَ الفِسْقُ فيهما ، لم يُؤَثِّرْ فى صِحَّةِ [٦/١٠٧ظ] النِّكاحِ ؛ لأنَّ الشَّرْطَ إنَّما يُعْتَبَرُ حالَةَ العَقْدِ . ولو أقَرَّ رجلٌ وامرأةٌ أنَّهما نكَحَا بوَلِىٍّ وشاهِدَىْ عَدْلٍ ، قُبِلَ منهما ، وثَبَت النِّكاحُ بإقْرارِهما[2] . الثالثُ العَقْلُ ، فلا يَنْعَقِدُ بشَهادَةِ مَجْنُونَيْن ولا طِفْلَيْن ؛ لأنَّهما ليسا مِن أهلِ الشَّهادَةِ ، ولا لهما قولٌ يُعْتَبَرُ . الرابعُ البُلُوغُ ، فلا يَنْعَقِدُ بشهادةِ صَبِيَّيْن ؛ لأنَّهما ليسا مِن أهلِ الشَّهادَةِ ، أشْبَها الطِّفْلَ . (و) عنه ، أنَّه يَنْعَقِدُ بشَهادَةِ (مُراهِقَيْن عاقِلَيْن) بِناءً على أنَّهما مِن أهلِ الشَّهادَةِ . الخامسُ ، الإِسْلامُ ، فلا يَنْعَقِدُ النِّكاحُ بشهادةِ كافِرَيْن ، سَواءٌ كان الزَّوْجان مُسْلِمَيْن ، أو الزَّوْجُ مُسْلِمًا وحدَه . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا كانتِ المرأةُ ذِمِّيَّةً ، صَحَّ بشَهادَةِ ذِمِّيَّيْن . ويَتَخَرَّجُ لنا مثلُ ذلك ، بِناءً على الرِّوايةِ التى تقولُ بقَبُولِ شَهادَةِ بعضِ أهلِ الذِّمَّةِ على بعضٍ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِىٍّ ، وشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنَّه نِكاحُ مُسْلِمٍ ، فلم يَنْعَقِدْ بشهادةِ ذِمِّيَّيْن ، كنِكاحِ المُسْلِمَيْن .

الإنصاف

و « المُذْهَبِ »، و «المُسْتَوْعِبِ»، و «الخُلاصَةِ»، و «المُحَرَّرِ»، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ

---

(١) فى م : « ينقد » .

(٢) فى م : « بشهادتهما » .

المقنع

وَعَنْهُ ، يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ فَاسِقَيْنِ ، وَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ،وَمُرَاهِقَيْنِ

الشرح الكبير

فصل : ويَنْعَقِدُ بشَهادَةِ ضَرِيرَيْن . وللشَّافِعِيَّةِ فى ذلك وَجْهان . ولَنا ، أنَّها شهادةٌ على قولٍ ، فقُبِلَتْ مِن الضَّرِيرِ ، كالشَّهادةِ بالاسْتِفاضَةِ . ويُعْتَبَرُ أن يَتَيَقَّنَ الصَّوْتَ على وَجْهٍ لا يَشُكُّ فيهما ، كما يَعْلَمُ ذلك مَن رآهما . ويَنْعَقِدُ بشهادةِ عَبْدَيْن . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا يَنْعَقِدُ . والخِلافُ فى ذلك مَبْنِىٌّ على الخلافِ فى قَبُولِ شَهادَتِهما فى سائِرِ الحُقُوقِ ، وسَنَذْكُرُ ذلك فى مَوْضِعِه إن شاءَ اللهُ (وعنه ، يَنْعَقِدُ بحُضُورِ فاسِقَيْن) وقد ذَكَرْنا ذلك (ورجلٍ وامْرأَتَيْن) ظاهِرُ المذهبِ أنَّ النِّكاحَ لا يَنْعَقِدُ برجلٍ وامْرأَتَيْنِ . وهو قولُ النَّخَعِىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ . وعن أحمدَ أنَّه قال : إذا تَزَوَّجَ بشَهادَةِ نِسْوَةٍ ، لم يَجُزْ ، فإن كان معهنَّ رجلٌ ، فهو أهْوَنُ . فيَحْتَمِلُ أنَّ هذا رِوايةٌ أُخْرَى فى انْعِقادِه بذلك . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْىِ . ويُرْوَى عن الشَّعْبِىِّ ؛ لأنَّه عَقْدُ مُعاوَضَةٍ ، فانْعَقَدَ[1] بشَهادَتِهِنَّ [2]مع الرِّجالِ[2] ، كالبَيْعِ . ولَنا ، الخَبَرُ المَذْكُورُ ، ولأنَّه عَقْدٌ ليس المَقْصُودُ منه المالَ ، ويَحْضُرُه الرِّجالُ ، فلم يُقْبَلْ فيه شهادةُ النِّساءِ ، كالحُدُودِ ، [3]ولهذا فارَقَ البَيْعَ[3] .

٣١٢٧ - مسألة : (و) عنه ، [4]أنَّ النِّكاحَ[4] يَنْعَقِدُ بحُضُورِ

الإنصاف

رَزِينٍ » ، وغيرِهم . وعنه ، يَنْعَقِدُ بحُضورِ فاسِقَين ، ورَجُلٍ وامْرأَتَيْن ،

(١) فى الأصل : « فالعقد » .

(٢ - ٢) فى م : « بالرجال » .

(٣ - ٣) فى الأصل : « وبهذا قال الشافعى » .

(٤ - ٤) سقط من : م .

المقنع عَاقِلَيْنِ .

الشرح الكبير (مُرَاهِقَيْن عاقِلَيْن) وقد ذَكَرْناه .

الإنصاف ومُرَاهِقَين عاقِلَين . قال فى « الفُروعِ » : وأسْقَطَ رِوايَةَ الفِسْقِ أكْثَرُهم . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : هى ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وأخذَها فى « الانْتِصارِ » مِن رِوايَةِ مُثَنَّى . وقد سُئِل الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : إذا تزوَّجَ بوَلِىٍّ وشُهودٍ غيرِ عُدُولٍ ، يفْسُدُ مِنَ النِّكاحِ شىءٌ ؟ فلم يرَ أنَّه يَفْسُدُ مِنَ النِّكاحِ شىءٌ . وقيل : ينْعَقِدُ بحُضورِ كافِرَين ، مع كُفْرِ الزَّوْجَةِ ، وقَبُولِ شَهادَةِ [١٩/٣و] بعضِهم على بعضٍ . ويأْتِى نحْوُه قريبًا . وأطْلَقَ الرِّوايتَين فى « الشَّرْحِ » .

تنبيه : يَحْتَمِلُ أنْ يُريدَ المُصَنِّفُ بقَوْلِه : عَدْلَين . ظاهِرًا وباطِنًا . وهو أحدُ الوَجْهَين ، واحْتِمالٌ فى « التَّعْليقِ » للقاضى . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . ويَحْتَمِلُ أنْ يُرِيدَ عَدْلَين ظاهِرًا لا باطِنًا ، فيَصِحَّ بحُضورِ مَسْتُورَىِ الحالِ ، وإنْ لم نَقْبَلْهما فى الأمْوالِ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المَشْهورُ مِنَ الوَجْهَين . قال ابنُ رَزِينٍ : ويصِحُّ من مَسْتُورَىِ الحالِ ، رِوايَةً واحدَةً ؛ لأنَّ الأصْلَ العَدالَةُ . وصحَّحَه فى « البُلْغَةِ » . وجزَم به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « التَّعْليقِ » فى الرَّجْعَةِ منه ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا ، وابنُ عَقِيلٍ ، حاكِيًا له عَنِ الأصحابِ ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : يكْفِى مَسْتُورَىِ الحالِ ، إنْ ثبَت النِّكاحُ بهما . وقال فى « المُنْتَخَبِ » : يَثْبُتُ بهما مع اعْتِرافٍ مُتقَدِّمٍ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : لو تابَ فى مَجْلِسِ العَقْدِ ، فكَمَسْتُورِ الحالِ . فعلى المذهبِ ، لو عُقِدَ بمَسْتُورَىِ الحالِ ، ثم تبيَّنَ بعدَ العَقْدِ أنَّهما كانا فاسِقَين حالَةَ العَقْدِ ، فقال القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ : تبيَّنَ أن النِّكاحَ لم ينْعَقِدْ . وقال المُصَنِّفُ ،

المقنع

وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ مُسْلِمٍ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ ، وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَنْعَقِدَ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ ذِمِّيَّةً .

وَلَا يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ أَصَمَّيْنِ وَلَا أَخْرَسَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٢٨ – مسألة : (ولا يَنْعَقِدُ نِكاحُ المُسْلِمِ بِشَهادَةِ ذِمِّيَّيْن . ويَتَخرَّجُ أن يَنْعَقِدَ إذا كانتِ المرأةُ ذِمِّيَّةً) وقد ذَكَرْنا ذلك .

٣١٢٩ – مسألة : (ولا يَنْعَقِدُ بحُضُورِ أصَمَّيْنِ ولا أخْرَسَيْن) لأنَّ الأصَمَّيْن لا يَسْمَعان ، والأخْرَسَيْن يَتَعَذَّرُ الأداءُ منهما . وفى انْعِقادِه بشَهادَةِ أهلِ الصَّنائِعِ الزَّرِيَّةِ[1] ، كالحَجَّامِ ونحوِه ، وَجْهان ، بِناءً على قَبُولِ شَهادَتِهم .

الإنصاف

والشَّارِحُ : ينْعَقِدُ ؛ لوُجودِ شَرْطِ النِّكاحِ ظاهِرًا . [2]قال ابنُ البَنَّا : ولا يكْفِى فى إثْباتِ العَقْدِ عندَ الحاكِمِ إلَّا مَن عُرِفَتْ عَدالَتُه ظاهِرًا وباطِنًا . انتهى . وهو صحيحٌ ؛ بِناءً على اشْتِراطِ ذلك فى الشَّهادَةِ[2] .

قوله : ولا ينْعَقِدُ نِكاحُ مُسْلِمٍ بشَهادَةِ ذِمِّيَّين . هذا المذهبُ المَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، المَشْهورُ عندَ الأصحابِ ، واخْتارَه جماهِيرُهم . ويتَخرَّجُ أنْ ينْعَقِدَ إذا كانتِ المَرْأةُ ذِمِّيَّةً . وهو لأبِى الخَطَّابِ . قال فى « الرِّعايَةِ » : وفيه بُعْدٌ . وهو مُخَرَّجٌ مِن رِوايَةِ قَبُولِ شَهادَةِ أهْلِ الذِّمَّةِ بعضِهم على بعضٍ ، على ما يأْتِى . قال ابنُ رَزِينٍ : وإنْ قُلْنا : تُقْبَلُ شَهادَةُ بعضِهم على بعضٍ . صحَّ النِّكاحُ بشَهادَةِ ذِمِّيَّين ، إذا كانتِ المرْأةُ ذِمِّيَّةً .

---

(١) فى م : « الرديئة » .

(٢ – ٢) سقط من الأصل .

المقنع

وَهَلْ يَنْعَقِدُ بِحُضُورِ عَدُوَّيْنِ ، أَوِ ابْنَىِ الزَّوْجَيْنِ أَوْ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ .

الشرح الكبير

٣١٣٠ – مسألة : (وهل يَنْعَقِدُ بحُضُورِ عَدُوَّيْن ، أو ابْنَىِ الزَّوْجَيْن أو أحَدِهما ؟ على وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يَنْعَقِدُ . اخْتارَه أبو عبدِ اللهِ ابنُ بَطَّةَ ؛ لعُمُومِ [٦/١٠٨و] قوله : « وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ » . ولأنَّه يَنْعَقِدُ بهما نِكاحُ غيرِ هذا الزَّوْجِ ، فانْعَقَدَ بهما نِكاحُه ، كسائِرِ العُدُولِ . والثانى ، لا يَنْعَقِدُ ؛ لأنَّ العَدُوَّ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه على عَدُوِّه ، والابنَ لا تُقْبَلُ شهادَتُه لوالِدِه (وعنه ، أنَّ الشَّهادَةَ ليست مِن شُرُوطِ النِّكاحِ) وقد ذَكَرْنا الخِلافَ فى ذلك . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

قوله : وهل ينْعَقِدُ بحُضُورِ عَدُوَّين ، أو ابْنَىِ الزَّوْجَين ، أو أحَدِهما ؟ على وجْهَين . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الهادِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » ، و « ابنِ مُنَجَّى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ؛ أحدُهما ، ينْعَقِدُ بحُضورِ عَدُوَّين . وهو المذهبُ . اخْتارَه ابنُ بَطَّةَ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأدَمِىِّ » . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : لا ينْعَقِدُ فى رِوايَةٍ . والوَجْهُ الثَّانى ، لا ينْعَقِدُ بحُضورِ عَدُوَّين . وأمَّا عدَمُ انْعِقادِه بحُضورِ ابْنَىِ الزَّوْجَين أو أحدِهما ، فهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم ، فى كِتابِ

المقنع

فَصْلٌ : الْخَامِسُ ، كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْئًا لَهَا فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ، فَلَوْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ بِغَيْرِهِ ، لَمْ يَصِحَّ .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَهُ اللهُ : (الخامِسُ ، كَوْنُ الرجلِ كُفْئًا لها فى إِحْدَى الرِّوايتَيْن ، فلو رَضِيَتِ المرأةُ والأَوْلياءُ بغيرِه ، لم يَصِحَّ) اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى اشْتِراطِ الكَفاءَةِ لصِحَّةِ النِّكاحِ ، فرُوِىَ عنه أنَّها شَرْطٌ ؛ فإنَّه قال : إذا تَزَوَّجَ المَوْلَى العَرَبِيَّةَ فُرِّقَ بينهما . وهذا قولُ سُفْيانَ . وقال أحمدُ فى الرجلِ يَشْرَبُ الشَّرابَ : ما هو بكُفْءٍ لها ، يُفَرَّقُ بينَهما . وقال : لو كان المُتَزَوِّجُ حائِكًا فَرَّقْتُ بينَهما ؛ لقولِ عمرَ ، رَضِىَ

الإنصاف

الشَّهاداتِ . وصحَّحَه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، وغيرِهم هناك . والوَجْهُ الثَّانى ، ينْعَقِدُ بهما وبأَحَدِهما . اخْتارَه ابنُ بَطَّةَ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، والأَدَمِىُّ فى « مُنْتَخَبِه » . قال فى « تَجْريدِ العِنايَةِ » : لا ينْعَقِدُ فى رِوايَةٍ . وقال فى « الفُروعِ » : وفى شَهادَةِ عَدُوَّىِ الزَّوْجَين ، أو أَحَدِهما ، أو الوَلِىِّ وَجْهان ، وفى مُتَّهَمٍ لرَحِمٍ رِوايَتان . وقال فى « الرِّعايَةِ » : وفى عَدُوَّىِ الزَّوْجِ ، أو الزَّوْجَةِ ، أو عَدُوِّهما ، أو عَدُوَّىِ الوَلِىِّ ، أو بابْنَىِ الزَّوْجَين ، أو ابْنَىْ أحَدِهما ، أو أبوَيْهما ، أو أبَوَىْ أحَدِهما ، أو عَدُوِّهما وأَجْنَبِىٌّ ، وكلِّ ذِى رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن أحَدِ الزَّوْجَين ، أو مِنَ الوَلِىِّ . وقيل : فى العَدُوَّين ، وابْنَىِ الزَّوْجَين ، أو أحدِهما رِوايَتان . انتهى .

قوله : الخامِسُ ، كَوْنُ الرَّجُلِ كُفْئًا لها فى إحْدَى الرِّوايتَين . وأَطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ؛ إحْداهما ، هى شَرْطٌ لصِحَّةِ النِّكاحِ . وهى المذهبُ عندَ أكثرِ المُتقدِّمِين . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا

الشرح الكبير

اللهُ عنه : لأمْنَعَنَّ تَزْوِيجَ[1] ذَواتِ الأَحْسابِ إلَّا مِن الأَكْفاءِ . رَواه الخَلَّالُ بإسْنادِه[2] . وعن أبى إسْحاقَ الهَمْدَانِيِّ ، قال : خَرَجَ سَلْمانُ وجَرِيرٌ فى سَفَرٍ ، فأُقِيمَتِ الصلاةُ ، فقال جَرِيرٌ لسَلْمانَ : تَقَدَّمْ . فقال سَلْمانُ: بل أنتَ تَقدَّمْ، فإنَّكُم –مَعْشَرَ العَرَبِ – لا نَتَقَدَّمُ فى صَلاتِكم ولا نَنْكِحُ نِساءَكم ، إنَّ اللهَ فَضَّلَكم علينا بمُحَمَّدٍ ﷺ ، وجَعَلَه فيكم[3] . ولأنَّ التَّزْوِيجَ مع فَقْدِ الكَفاءَةِ تَصَرُّفٌ فى حَقِّ مَن يَحْدُثُ مِن[4] الأَوْلِياءِ بغيرِ إذْنِه ، كما لو زَوَّجَها بغيرِ إذْنِها، فلم يَصِحَّ . وقد روَى الدَّارَقُطْنِيُّ[5] عن النبيِّ ﷺ قال : « لَا [6]تُنْكِحُوا النِّسَاءَ[6] إلَّا الأَكْفَاءَ ، وَلَا يُزَوِّجُهُنَّ إلَّا الْأَوْلِيَاءُ » . إلَّا أنَّ ابنَ عبدِ البَرِّ قال[7] : هذا ضعيفٌ لا أصلَ له ، ولا يُحْتَجُّ

الإنصاف

المَنْصوصُ المَشْهورُ والمُخْتارُ لعامَّةِ الأصحابِ مِنَ الرِّوايتَين . وصحَّحَه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وقطَع به الخِرَقِيُّ . وقدَّمه فى « الهادِى » ،

(1) فى م : « تزويج » .

(2) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/١٥٢ . وبلفظ : « تزوج » أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/٢٩٨ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٣٣ ، بلفظ آخر . وضعفه فى الإرواء ٦/٢٦٥ ، ٢٦٦ .

(3) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢/ ٥٢٠ ، ٦/١٥٤ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١/١٦٤ ، وكلاهما عن أبى إسحاق عن أبى ليلى الكندى . وانظر طرق هذا الأثر والكلام عليه فى : الإرواء ٦/٢٧٨ – ٢٨١ .

(4) فى م : « فى » .

(5) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٢٤٥ . كما أخرجه البيهقى ، فى : باب اعتبار الكفاءة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/١٣٣ . وأعلّه بمبشر بن عبيد بأنه متروك الحديث . وانظر : الإرواء ٦/٢٦٤ – ٢٦٦ .

(6 – 6) فى م : « تنكحوهن » .

(7) فى : التمهيد ١٩/١٦٥ .

وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ بِشَرْطٍ . وَهِىَ أَصَحُّ .

بمِثْلِه . فلو رَضِيَتِ المرأةُ والأوْلِياءُ بغيرِ كُفْءٍ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ؛ لفَواتِ شَرْطِه . وهذا اخْتِيارُ الخِرَقِيِّ . وإذا قُلْنا باشْتِراطِها، فإنَّما يُعْتَبَرُ وُجودُها حالَ العَقْدِ، فإن عُدِمَتْ بعدَه ، لم يَبْطُلِ النِّكاحُ، فإن كانت مَعْدُومَةً حالَ العَقْدِ ، فهو فاسِدٌ ، حُكْمُه حكمُ العُقُودِ الفاسدةِ ، على ما نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى (والثانيةُ ، ليست شَرْطًا) فى النِّكاحِ (وهى أصَحُّ) وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . رُوِىَ نَحْوُه عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وعمرَ بن عبدِ العزيزِ ، وعُبَيْدِ ابنِ عُمَيْرٍ، وحَمَّادِ بنِ أبى سليمانَ، وابنِ سِيرِينَ، وابنِ عَوْنٍ، ومالكٍ، والشافعىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لقَوْلِ اللهِ تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَـٰكُمْ ﴾[1] . وقالت عائشةُ : إنَّ أبا حُذَيْفَةَ بنَ عُتْبَةَ بنِ رَبِيعَةَ تَبَنَّى سالِمًا ، وأنْكَحَه ابْنَةَ أخِيه هِنْدَ ابنةَ الوَليدِ ابنِ عُتْبَةَ ، وهو مَوْلًى لامْرأةٍ مِن الأنْصارِ . أخْرَجَه البُخَارِىُّ[2] . وأمَرَ النَّبِىُّ ﷺ فاطمةَ بنتَ قَيْسٍ أن

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، ليستْ بشَرْطٍ ، يعْنِى للصِّحَّةِ ، بل شَرْطٌ فى اللُّزومِ . قال المُصَنِّفُ هنا : وهى أصحُّ . وهو المذهبُ [٣/١٩ظ] عندَ أكثرِ المُتأَخِّرين . واختارَه أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه » ، والمُصَنِّفُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » . قال فى

(١) سورة الحجرات ١٣ .

(٢) فى : باب الأكفاء فى الدين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ٩ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب من حرَّم به ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٥ . والنسائى ، فى : باب تزوج المولى العربية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الرضاعة بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢ / ٦٠٥ .

الشرح الكبير

تَنْكِحَ أُسامَةَ بنَ زَيْدٍ مَوْلاه ، فنكَحَها بأمْرِه . مُتَّفَقٌ عليه[1] . وزَوَّجَ أباه[2] زيدَ بنَ حارثَةَ ابْنةَ عَمَّتِه[3] زَيْنَبَ بنتَ جَحْشٍ الأَسَدِيَّةَ[4] . وقال ابنُ مسعودٍ لأُخْتِه[5] : أَنْشُدُكِ اللهَ أن لا[6] تَتَزَوَّجى[7] إلَّا مُسْلِمًا ، وإن كان أحْمَرَ رُومِيًّا ، أو أسْوَدَ حَبَشِيًّا[8] . ولأنَّ الكَفاءَةَ لا تَخْرُجُ عن [٦/١٠٨ظ] كَوْنِها حَقًّا للمرأةِ أو للأوْلِياءِ ، أو لهما ، فلم يُشْتَرَطْ وُجودُها ، كالسَّلامَةِ مِن العُيُوبِ . ورُوِىَ أنَّ أبا هِنْدٍ حَجَم النبىَّ ﷺ فى اليَافُوخِ[9] ، فقال النَّبىُّ ﷺ : « يا بَنِى بَياضَةَ ، أَنْكِحُوا أبا هِنْدٍ ، وأنْكِحُوا إلَيْهِ » . رَواه أبو داودَ[10] ، إلَّا أن أحمدَ ضَعَّفَه ، وأنْكَرَه إنْكارًا

الإنصاف

« الرِّعايَتَيْن » : وهى أوْلَى ؛ للآثارِ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . قلتُ : وهو الصَّوابُ الذى لا يُعْدَلُ عنه . فعلى الأُولَى ، الكَفاءَةُ حقٌّ للهِ تعالَى وللمَرْأةِ

---

(١) تقدم تخريجه فى ١١/١٨١ . وانظر ما تقدم فى صفحة ٥٣ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « عمه » .

(٤) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٣٠١ . والبيهقى ، فى : باب لا يرد نكاح غير الكفو ... ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٣٦ . وعبد الرزاق ، فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . المصنف ٦ / ١٥٣ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المناكحة . السنن ١ / ١٦١ .

(٥) فى م : « لأخيه » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) فى م : « تزوج » .

(٨) أخرجه سعيد ، فى : سننه ١/ ١٦١ .

(٩) فى الأصل : « النافوخ » . واليافوخ : فجوة مغطاة بغشاء ، تكون عند تلاقى عظام الجمجمة .

(١٠) فى : باب الأكفاء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٤ . كما أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣/ ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

المقنع

لَكِنْ إِنْ لَمْ تَرْضَ الْمَرْأَةُ وَالْأَوْلِيَاءُ جَمِيعُهُمْ ، فَلِمَنْ لَمْ يَرْضَ الْفَسْخُ ،

الشرح الكبير

شَدِيدًا . قال شَيْخُنا[1] : والصَّحِيحُ أنَّها غيرُ مُشْتَرَطَةٍ ، وما رُوِىَ فيها يَدُلُّ على اعْتِبارِها فى الجملةِ ، ولا يَلْزَمُ منه اشْتِراطُها .

٣١٣١ – مسألة : (لَكِنْ إن لم تَرْضَ المرأةُ والأَوْلِياءُ جَمِيعُهم ، فلمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ) لأنَّ للزَّوْجَةِ ولكلِّ واحدٍ مِن الأَوْلِياءِ فيها حَقًّا ، ومَن لم يَرْضَ منهم فله الفَسْخُ . ولذلك لمَّا زَوَّجَ رجلٌ ابْنَتَه مِن ابنِ أخِيه ليَرْفَعَ بها خَسِيسَتَه ، جَعَلَ لها النبىُّ ﷺ الخِيارَ ، فاخْتارَتْ ما صَنَعَ أبُوها[2] . ولو فُقِدَ الشَّرْطُ لم يَكُنْ لها خِيارٌ .

فصل : وإذا قُلْنا : ليست شَرْطًا . فرَضِيَتِ المرأةُ والأَوْلِياءُ جَمِيعُهم ، صَحَّ النِّكاحُ ، وإن لم يَرْضَ بعضُهم ، فقد رُوِىَ عن أحمدَ ، أنَّ العَقْدَ يَقَعُ باطِلًا مِن أصْلِه ؛ لأنَّ الكفاءَةَ حَقٌّ لجميعِهم ، والعاقِدُ مُتَصَرِّفٌ فيها بغيرِ رِضاهُم ، فلم يَصِحَّ ، كتَصَرُّفِ الفُضُولِىِّ . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وظاهِرُ[3] المذهَبِ أنَّ العَقْدَ يَقَعُ صَحِيحًا ، ويَثْبُتُ لمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن حديثِ المرأةِ التى رَفَعَتْ إلى النبىِّ ﷺ أنَّ أباها زَوَّجَها بغيرِ كُفْئِها[4] ، خَيَّرها و لم يُبْطِلِ النِّكاحَ مِن أصْلِه . ولأنَّ العَقْدَ وَقَع بالإِذْنِ ،

الإنصاف

والأَوْلِياءِ ، حتى مَن يَحْدُثُ . وعلى الثَّانيةِ ، حقٌّ للمَرْأَةِ والأَوْلِياءِ فقط .

قوله : لكِنْ إنْ لم تَرْضَ المَرْأَةُ والأَوْلِياءُ جَمِيعُهم ، فلمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ ، فلو

(١) فى : المغنى ٣٨٩/٩ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ١٢٣ .

(٣) فى الأصل : « هذا » .

(٤) فى م : « كفء » .

المقنع فَلَوْ زَوَّجَ الْأَبُ بِغَيْرِ كُفْءٍ بِرِضَاهَا ، فَلِلْإِخْوَةِ الْفَسْخُ . نَصَّ عَلَيْهِ .

الشرح الكبير والنَّقصُ الموْجُودُ فيه لا يَمْنَعُ صِحَّتَه ، وإنَّما يُثْبِتُ الخِيَارَ ، كالعَيْبِ مِن العُنَّةِ وغيرِها . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يَثْبُتُ الفَسْخُ لمَن لم يَرْضَ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : إذا رَضِيَتِ المرأةُ وبعضُ الأوْلياءِ ، لم يَكُنْ لباقِى الأوْلياءِ فَسْخٌ ؛ لأنَّ هذا الحَقَّ لا يَتَجَزَّأُ ، وقد أسْقَطَ بعضُ الشُّرَكاءِ بَعْضَه ، فسَقَطَ جَمِيعُه ، كالقِصاصِ . ولَنا ، أنَّ كلَّ واحدٍ مِن الأوْلياءِ يُعْتَبَرُ رِضاه ، فلم يَسْقُطْ برِضَا غيرِه ، كالمرأةِ مع الوَلِىِّ ، فأمَّا القِصاصُ ، فلا يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ كامِلًا ، فإذا سَقَط بَعْضُه ، تَعَذَّرَ اسْتِيفاؤُه ، وهٰهُنا بخِلافِه ، ولأنَّه لو زَوَّجَها بدُونِ مَهْرِ مِثْلِها ، مَلَك الباقُونَ عندَهم[1] الاعْتِراضَ ، مع أنَّه خالِصُ حَقِّها ، فهٰهُنا مع أنَّه حَقٌّ لهم أوْلَى .

٣١٣٢ – مسألة : (فلو زَوَّجَ الأبُ بغَيْرِ كُفْءٍ برِضاها ، فللإِخْوَةِ الفَسْخُ . نَصَّ عليه) وقال مالكٌ ، والشافعيُّ : ليس لهم فَسْخٌ إذا زَوَّجَ

الإنصاف زَوَّجَ الأبُ بغيرِ كُفْءٍ برضاها ، فللإِخْوَةِ الفَسْخُ . هذا كلُّه مُفَرَّعٌ على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ . وهو الصَّحيحُ . نصَّ عليه . جزَم به القاضى فى « الجامعِ الكَبِيرِ » ، و « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وناظِمُ « المُفْرَداتِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الأشْهَرُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعنه ، لا يمْلِكُ إلَّا بعدَ الفَسْخِ ، مع رِضَا المَرْأةِ والأقْرَبِ . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) فى م : « عند غيرهم » .

الشرح الكبير

الأَقْرَبُ ؛ لأَنَّه لا حَقَّ للأَبْعَدِ معه ، فرِضَاه[1] لا يُعْتَبَرُ ، كالأَجْنَبِيِّ . ولَنا ، أنَّه وَلِيٌّ فى حالٍ يَلْحَقُه العارُ بعَدَمِ[2] الكفاءَةِ ، فمَلَكَ الفَسْخَ ، كالمُتَساوِيَيْن .

الإنصاف

و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . فعلى الأَوَّلِ ، له الفَسْخُ فى الحالِ ومُتَراخِيًا . ذكَرَه القاضى وغيرُه . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يَنْبَغِى أَنْ يكونَ على التَّراخِى ، فى ظاهِرِ المذهبِ ؛ لأنَّه خِيارٌ لنَقْصٍ فى المَعْقُودِ عليه . فعلى هذا ، يسْقُطُ خِيارُها بما يدُلُّ على الرِّضَا مِن قَوْلٍ أو فِعْلٍ ، وأمَّا الأَوْلِياءُ ، فلا يثْبُتُ إلَّا بالقَوْلِ .

فائدة : قال الزَّرْكَشِىُّ : لو عقَدَه بعضُهم ولم يَرْضَ الباقُون ، فهل يقَعُ العَقْدُ باطِلًا مِن أصْلِه ، أو صَحِيحًا ؟ على رِوايتَيْن . حَكاهما القاضى فى « الجامعِ الكَبِيرِ » ، أشْهَرُهما الصِّحَّةُ . قلتُ : وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، مِن قوْلِه : فلمَن لم يَرْضَ الفَسْخُ . ولا يكونُ الفَسْخُ إلَّا بعدَ الانْعِقادِ . وهو ظاهِرُ كلامِ غيرِه أيضًا . وقال الزَّرْكَشِىُّ ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ : إذا زوَّجَها الأَبُ بغيرِ كُفْءٍ ، وقُلْنا : الكُفْءُ ليس بشَرْطٍ . ففى بُطْلانِ النِّكاحِ رِوايَتان ؛ البُطْلانُ ، كنِكاحِ المُحْرِمَةِ والمُعْتَدَّةِ . والصِّحَّةُ ، كتَلَقِّى الرُّكْبانِ . وقيل : إنْ عَلِمَ بفَقْدِ الكَفاءَةِ ، لم يصِحَّ ، وإلَّا صحَّ . وقيل : يصِحُّ إنْ كانتِ الزَّوْجَةُ كبيرَةً ؛ لاسْتِدْراكِ الضَّرَرِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : طريقَةُ المَجْدِ فى « المُحَرَّرِ » ، أنَّ الصِّفاتِ الخَمْسَ مُعْتَبَرَةٌ فى الكَفاءَةِ ، قوْلًا واحدًا ، ثم هل يُبْطِلُ النِّكاحَ فَقْدُها ، أو لا يُبْطِلُه ، لكنْ يُثْبِتُ الفَسْخَ ، أو يُبْطِلُه فَقْدُ الدِّينِ والمَنْصِبِ ، ويُثْبِتُ الفَسْخَ فَقْدُ الثَّلاثةِ ؟ على

---

(1) فى م : « فرضاها » .

(2) فى الأصل : « بعقد » .

المقنع وَالْكَفَاءَةُ ؛ الدِّينُ وَالْمَنْصِبُ ، ....

الشرح الكبير **٣١٣٣** – مسألة : (والكَفاءَةُ ؛ الدِّينُ والمَنْصِبُ) يَعْنِي بالمَنْصِبِ النَّسَبَ . اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى شَرْطِ الكفاءةِ ، فعنه ، أنَّها شَرْطان ؛ الدِّينُ ، والمَنْصِبُ ، لا غيرُ . وعنه ، أنَّها[1] خَمْسَةٌ ؛ هذان ، والحُرِّيَّةُ ، والصِّناعَةُ ، واليَسارُ . وذَكَر القاضى ، فى « المُجَرَّدِ » أنَّ فَقْدَ هذه الثَّلاثةِ لا يُبْطِلُ [٦/١٠٩و] النِّكاحَ ، رِوايةً واحدةً ، إنَّما الرِّوايتان فى الشَّرْطَيْنِ الأَوَّلَيْن . قال : ويَتَوَجَّهُ أنَّ المُبْطِلَ عدَمُ الكفاءةِ فى النَّسَبِ ، لا غيرُ ؛ لأنَّه نَقْصٌ لازِمٌ ، وما عَدَاه غيرُ لازِمٍ ، ولا يَتَعَدَّى نَقْصُه إلى الوَلَدِ . وذَكَر فى « الجامِعِ » الرِّوايَتَيْنِ فى جميعِ الشُّروطِ . وذَكَرَه أبو الخَطَّابِ أيضًا . وقال مالِكٌ : الكفاءةُ فى الدِّينِ لا غيرُ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[2] : هذا جُمْلَةُ مذهبِ مالكٍ وأصْحابِه . وعن الشافعىِّ كقَوْلِ

الإنصاف ثلاثِ رِواياتٍ . وهى طريقَتُه . انتهى .

قوله : والكفاءَةُ ؛ الدِّينُ والمَنْصِبُ . يعْنِى ، لا غيرُ . وهذا إحْدَى الرِّوايتَيْن . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » وغيرُهم . واخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى وغيرُه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وعنه ، أنَّ الحُرِّيَّةَ والصِّناعَةَ واليَسارَ مِن شُروطِ الكِفاءِ أيضًا . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى فى « تَعْليقِه » ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢) فى : التمهيد ١٦٣/١٩ .

الشرح الكبير

مالكٍ ، وقولٌ آخَرُ أنَّها الخَمْسَةُ التى ذكَرْناها ، والسَّلامَةُ مِن العُيُوبِ الأَرْبَعَةِ ، فتكونُ سِتَّةً . وكذلك قولُ أبى حنيفةَ ، والثَّورِىِّ ، والحسنِ ابنِ حَىٍّ[1] ، إلَّا فى الصَّنْعَةِ ، والسَّلامَةِ مِن العُيُوبِ . ولم يَعْتَبِرْ محمدُ بنُ الحسنِ الدِّينَ إلَّا أن يكونَ ممَّن يَسْكَرُ ويَخْرُجُ ويَسْخَرُ منه الصِّبْيانُ ، فلا يكونُ كُفْئًا ؛ لأنَّ الغالِبَ على الجُنْدِ[2] الفِسْقُ ، ولا يُعَدُّ ذلك نَقْصًا . والدَّليلُ على اعْتِبارِ الدِّينِ قولُ اللهِ تعالى : ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ ﴾[3] . ولأنَّ الفاسِقَ مَرْذُولٌ مَرْدُودُ الشَّهادَةِ والرِّوايةِ ،

الإنصاف

و « النَّظْمِ » . وذكرَ القاضى فى « المُجَرَّدِ » أنَّ فَقْدَ الثَّلاثَةِ لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، قوْلًا واحدًا . وأمَّا فَقْدُ الدِّينِ والمَنْصِبِ ، فقيل : يُبْطِلُ ، روايَةً واحِدَةً . وقيل : فيه رِوايَتان . وقيل : المُبْطِلُ فَقْدُ المَنْصِبِ . ذكَرَه ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ فى « نُكَتِه » . قال ابنُ عَقِيلٍ : الذى يقْوَى عندِى ، وهو الصَّحيحُ ، أنَّ فَقْدَ شَرْطٍ واحدٍ مُبْطِلٌ ؛ وهو النَّسَبُ ، وماعَدا ذلك لا يُبْطِلُ النِّكاحَ . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ أنَّ الحُرِّيَّةَ مِن شُرُوطِ الكَفاءَةِ . واخْتارَ الشِّيرازِىُّ ، أنَّ اليَسارَ مِن شُروطِ الكَفاءَةِ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : لم أجِدْ نصًّا عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ببُطْلانِ النِّكاحِ لفَقْرٍ أو رِقٍّ ، ولم أجِدْ أيضًا عنه نصًّا[4] بإقْرارِ النِّكاحِ مع عدَمِ الدِّينِ والمَنْصِبِ خِلافًا ، واخْتارَ أنَّ النَّسَبَ لا اعْتِبارَ به فى الكَفاءَةِ . وذكَر ابنُ أبى مُوسى ، عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ عليه . واسْتدَلَّ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ،

---

(1) فى م : « صالح » . وهو الحسن بن صالح بن حى ، تقدم فى ٧/٥٦٧ .
(2) فى م : « الحنث » .
(3) سورة السجدة ١٨ .
(4) سقط من : الأصل ، ط .

الشرح الكبير

غيرُ مَأْمُونٍ على النَّفْسِ والمالِ ، مَسْلُوبُ الولاياتِ ، ناقِصٌ عندَ اللهِ وعندَ خَلْقِه ، قليلُ الحظِّ فى الدُّنْيَا والآخِرَةِ ، فلا يَجُوزُ أن يكونَ كُفْئًا لعَفِيفَةٍ ، ولا مُساوِيًا لها ، لكنْ يكونُ كُفْئًا لمِثْلِه . فأمَّا الفاسِقُ مِن الجُنْدِ[1] ، فهو ناقِصٌ عندَ أهلِ الدِّينِ والمُرُوءاتِ . والدَّليلُ على اعْتِبارِ النَّسَبِ فى الكَفاءَةِ قولُ عمرَ : لأَمْنَعَنَّ تَزْوِيجَ[2] ذَواتِ الأَحْسَابِ إلَّا مِن الأَكْفاءِ . قال : قلتُ : وما الأَكْفاءُ ؟ قال : فى الحَسَبِ . رَواه أبو بكرٍ عبدُ العزيزِ

الإنصاف

بقَوْلِه تعالَى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَـٰكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَـٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓا۟ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾[3] . وقيل : الكَفاءَةُ النَّسَبُ فقط . وهو توْجِيهٌ للقاضى فى « المُجَرَّدِ » . وقال بعضُ المُتأَخِّرين مِنَ الأصحابِ : إذا قُلْنا : الكفاءَةُ حقٌّ للهِ تعالَى . اعْتُبِرَ الدِّينُ فقط . قال : وكلامُ الأصحابِ فيه تَساهُلٌ وعدَمُ تَحْقيقٍ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . قلتُ : هذا كلامٌ ساقِطٌ ، ولم يَفْهَمْ معْنَى كلامِ الأصحابِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، المَنْصِبُ ؛ هو النَّسَبُ . وأمَّا اليَسارُ ؛ فهو بحَسَبِ ما يجِبُ للمَرْأةِ . وقيل : تَساوِيهما فيه . قال الزَّرْكَشِىُّ : معْنَى الكَفاءَةِ فى المالِ ، أنْ يكونَ بقَدْرِ المَهْرِ والنَّفَقَةِ . قال القاضى ، وأبو محمدٍ [٣/٢٠و] فى « المُغْنِى » : لأنَّه الذى يُحْتاجُ إليه فى النِّكاحِ . ولم يعْتَبِرْ فى « الكافِى » إلَّا النَّفَقَةَ فقط . واعْتَبرَ ابنُ عَقِيلٍ أنْ يكونَ بحيث لا يُغَيِّرُ عليها عادَتَها عندَ أبِيها فى بَيْتِه . الثَّانيةُ ، لا تُعْتَبرُ هذه

(١) فى م : « الحنث » .

(٢) فى الأصل : « فروج » .

(٣) سورة الحجرات ١٣ .

المقنع

فَلَا تُزَوَّجُ عَفِيفَةٌ بِفَاجِرٍ ، وَلَا عَرَبِيَّةٌ بِعَجَمِيٍّ .

وَالْعَرَبُ بَعْضُهُمْ [٢٠٥و] لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، وَسَائِرُ النَّاسِ بَعْضُهُمْ

الشرح الكبير

بإسْنادِه[1] . ولأنَّ العرَبَ يَعُدُّونَ الكَفاءَةَ فى النَّسَبِ ، ويَأْنفُونَ مِن نِكاحِ المَوالِى ، ويَرَوْنَ ذلك نَقْصًا وعارًا ، فإذا أُطْلِقَتِ الكفاءةُ ، وَجب حَمْلُها على المُتعارَفِ ، ولأنَّ فى فَقْدِ ذلك نَقْصًا وعارًا ، فوَجَبَ أن يُعْتَبَرَ فى الكفاءةِ كالدِّينِ . فعلى هذا (لا تُزَوَّجُ عَفِيفَةٌ بفاجِرٍ) لِما ذَكَرْنا (ولا عَرَبِيَّةٌ بِعَجَمِىٍّ) فلا يكونُ المَوْلَى ولا العَجَمِىُّ كُفْئًا لعَرَبِيَّةٍ ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قولِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقال سَلْمانُ لجريرٍ : إنَّكم[2] - مَعْشَرَ العربِ - لا نَتَقَدَّمُ فى صلاتِكم ، ولا نَنْكِحُ نِساءَكُم ، إنَّ اللهَ فَضَّلَكم علينا بمُحمدٍ ﷺ ، وجَعَلَه فيكم[3] .

٣١٣٤ - مسألة : (والعَرَبُ بعضُهم لبعضٍ أَكْفَاءٌ ، وسائِرُ النَّاسِ

الإنصاف

الصِّفاتُ فى المرْأةِ ، وليْستِ الكَفاءةُ شَرْطًا فى حقِّها للرَّجُلِ . وفى « الانْتِصارِ » احْتِمالٌ ، يُخَيَّرُ مُعْتَقٌ تحتَه أَمَةٌ . وفى « الواضِحِ » احْتِمالٌ ، يبْطُلُ النِّكاحُ بعِتْقِ الزَّوْجِ الذى تحتَه أَمَةٌ ؛ بِناءً على الرِّوايَةِ فيما إذا اسْتَغْنَى عن نِكاحِ الأَمَةِ بحُرَّةٍ ، فإنَّه يبْطُلُ . ويأْتِى ذلك فى أوائلِ الفَصْلِ الثَّالثِ ، مِن بابِ الشُّروطِ فى النِّكاحِ .

قولُه : والعَرَبُ بعضُهم لبعضٍ أَكْفاءُ . هذه المذهبُ . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم . وجزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وعنه ، لا تُزَوَّجُ

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٤ .

(٢) سقط من : م .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٥٤ .

المقنع لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ . وَعَنْهُ ، لَا تُزَوَّجُ قُرَشِيَّةٌ لِغَيْرِ قُرَشِيٍّ ، وَلَا هَاشِمِيَّةٌ لِغَيْرِ هَاشِمِيٍّ .

الشرح الكبير بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ . وعنه ، لا تُزَوَّجُ قُرَشِيَّةٌ لغيرِ قُرَشِيٍّ ، ولا هاشِمية لغَيْرِ هاشِمِيٍّ) اختلَفتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى ذلك ، فرُوِىَ عنه ، أنَّ غيرَ قُرَيْشٍ[1] لا يُكافِئُها ، وغيرَ بنى هاشمٍ لا يُكافِئُهم . وهو قولُ بعضِ أصْحابِ الشافعىِّ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ [2]أنه قال[2] : « إنَّ اللهَ اصْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ إسْمَاعِيلَ ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا ، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِى هَاشِمٍ ، واصْطَفَانِى مِنْ بَنِى [٦/١٠٩ظ] هَاشِمٍ »[3] . ولأنَّ العَرَبَ فَضَلَتِ الأُمَمَ برسولِ اللهِ ﷺ ، وقُرَيْشٌ أخصُّ به مِن سائرِ العَرَبِ ، وبنو هاشمٍ أخصُّ به مِن قُرَيْشٍ . ولذلك قال عثمانُ ، وجُبَيْرُ بنُ مُطْعِمٍ : إنَّ إخْوانَنا مِن بنى هاشمٍ لا نُنْكِرُ فضْلَهم علينا ، لمَكانِكَ الذى وَضَعَكَ اللهُ به منهم[4] . وقال أبو حنيفةَ : لا يُكافِئُ

الإنصاف قُرَشِيَّةً لِغيرِ قُرَشِيٍّ ، ولا هاشِمِيَّةً لغيرِ هاشِمِيٍّ . قدَّمه فى «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال فى « الفُروعِ » : هذه الرِّوايَةُ مذهبُ الإمامِ الشَّافِعِىِّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وردَّ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، هذه الرِّوايَةَ ، وقال : ليس فى كلامِ

---

(١) فى الأصل : « قرشى » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب فضل نسب النبى ﷺ ... ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ٤ / ١٧٨٢ . والترمذى ، فى : باب فى فضل النبى ﷺ ، من أبواب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٩٤ ، ٩٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ١٠٧ .

(٤) تقدم تخريجه فى ٣٠٧/٧ .

المقنع ....

الشرح الكبير

العَجَمُ العَرَبَ ولا العَرَبُ قُرَيْشًا ، وقُرَيْشٌ كلُّهم أكْفاءٌ ؛ لأنَّ ابنَ عباسٍ قال : قُرَيْشٌ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ . والرِّوايةُ الثانيةُ ، أنَّ العَرَبَ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، والعَجَمَ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ؛ لأنَّ النَّبىَّ ﷺ زَوَّجَ ابْنَتَيْه[1] عُثمانَ ، وزَوَّجَ أبا العاصِ بنَ الرَّبيعِ زَيْنَبَ ، وهما مِن بَنى عبدِ شَمْسٍ ، وزَوَّجَ علىٌّ عمرَ ابْنَتَه أُمَّ كُلْثُومٍ ، وتزَوَّجَ عبدُ اللهِ بنُ عمرِو بنِ عثمانَ فاطمةَ ابْنَةَ الحُسَيْنِ بنِ علىٍّ ، وتزَوَّجَ مُصْعَبُ بنُ الزُّبَيْرِ أُخْتَها سُكَيْنَةَ ، وتَزَوَّجَها أيضًا عبدُ اللهِ بنُ عثمانَ بنِ حَكِيمِ بنِ حِزَامٍ ، وتزَوَّجَ المِقْدادُ بنُ الأسْوَدِ ضُبَاعَةَ ابنةَ الزُّبَيرِ بنِ عبدِ المُطَّلِبِ ، وزَوَّجَ أبو بكرٍ ،

الإنصاف

الإمامِ أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ما يدُلُّ عليها ، وإنَّما المَنْصوصُ عنه فى رِوايَةِ الجماعَةِ أنَّ قُرَيْشًا بعضُهم لبعضٍ أكْفاءُ ، قال : وذكَر ذلك ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « خِلافِه » ، و « رِوايتَيْه » ، وصحَّحَها فيه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، أيضًا : ومَن قال : إنَّ الهاشِمِيَّةَ لا تُزَوَّجُ بغيرِ هاشِمِىٍّ . بمَعْنَى أنَّه لا يجوزُ ذلك ، فهذا مارِقٌ مِن دِينِ الإسْلامِ ؛ إذْ قِصَّةُ تَزْويجِ الهاشِمِيَّاتِ مِن بَناتِ النَّبِىِّ ، ﷺ ، وغيرِهنَّ بغيرِ الهاشِمِيِّين ثابِتٌ فى السُّنَّةِ ثُبوتًا لا يَخْفَى ، فلا يجوزُ أنْ يُحْكَى هذا خِلافًا فى مذهبِ الإمامِ أحمدَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، وليس فى لفْظِه ما يدُلُّ عليه . انتهى . وعنه ، ليس وَلَدُ الزِّنَى كُفُؤًا لذاتِ نَسَبٍ ، كعَرَبِيَّةٍ . واقْتَصرَ عليه الزَّرْكَشِىُّ ، وأضافَه إلى المُصَنِّفِ .

فائدة : ليس مَوْلَى القَوْمِ كُفْؤًا لهم . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . اخْتارَه القاضى فى « الرِّوايتَيْن » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وعنه ، أنَّه كُفْءٌ لهم . وأطْلَقهما الزَّرْكَشِىُّ . انتهى .

---

(1) فى م : « ابنته » .

المقنع

وَعَنْهُ ، أَنَّ الْحُرِّيَّةَ وَالصِّنَاعَةَ وَالْيَسَارَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ، فَلَا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بِعَبْدٍ ، وَلَا بِنْتُ بَزَّازٍ بِحَجَّامٍ ، وَلَا بِنْتُ تَانِئٍ بِحَائِكٍ ، وَلَا مُوسِرَةٌ بِمُعْسِرٍ .

الشرح الكبير

رَضِىَ اللهُ عنه ، أُختَه أمَّ فَرْوَةَ الأشْعَثَ بنَ قَيْسٍ ، وهما كِنْدِيَّان ، وتزَوَّجَ أُسامَةُ بنُ زَيْدٍ فاطِمَةَ بنتَ قَيْسٍ الفِهْرِيَّةَ ، (١)وهى قُرَشِيَّةٌ(١) ، ولأنَّ العَجَمَ والمَوالِىَ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءٌ ، وإن تَفاضَلُوا وشَرُفَ بعضُهم على بعضٍ ، فكذلك العَرَبُ . وهذه الرِّوايةُ هى الصَّحِيحَةُ ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٣١٣٥ – مسألة : (وعنه ، أنَّ الحُرِّيَّةَ والصِّناعَةَ واليَسارَ مِن شُرُوطِ الكَفاءَةِ ، فلا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بعَبْدٍ ، ولا بِنْتُ بزَّازٍ بحَجَّامٍ ، ولا بِنْتُ تانِئٍ(٢) بحَائِكٍ ، ولَا مُوسِرَةٌ بمُعْسِرٍ) أمَّا الحُرِّيَّةُ ، فالصَّحِيحُ أنَّها مِن شُروطِ

الإنصاف

تنبيه : قولُه – على رِوايَةِ أنَّ الحُرِّيَّةَ مِن شُروطِ الكَفاءَةِ : لا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بعَبْدٍ . قال الزَّرْكَشِىُّ : قلتُ : ولا لمَن بعضُه رَقِيقٌ . انتهى . فلو وُجِدَتِ الكفاءَةُ فى النِّكاحِ حالَ العَقْدِ ؛ بأنْ يقُولَ سيِّدُ العَبْدِ بعدَ إيجابِ النِّكاحِ له : قَبِلْتُ له هذا النِّكاحَ وأعْتَقْتُه . فقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : قِياسُ المذهبِ صِحَّتُه . قال : ويتَخرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ بمَنْعِها . ويأْتِى ما يتعَلَّقُ بذلك عندَ قوْلِه : إذا عَتَقَتِ الأَمَةُ وزَوْجُها حُرٌّ . أمَّا إنْ كان قد مسَّه رِقٌّ ، أو أباه ، فالصَّحِيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ تزْوِيجِه بحُرَّةِ الأصْلِ . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وهو ظاهِرُ كلامِ أبِى الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . قال فى « الرِّعايَةِ » : ولا يُزَوَّجُ فى رِوايَةٍ . انتهى . وعنه ، لا تُزَوَّجُ

(١ – ١) فى م : « القرشية » .

(٢) فى النسختين : « بان » والتانئ : صاحب العقار والمال .

المقنع ....

الشرح الكبير

الكَفاءَةِ ، فلا يكونُ العَبْدُ كُفْئًا لحُرَّةٍ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ خَيَّرَ بَرِيرَةَ حينَ عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ[1] . فإذا ثَبَتَ الخِيارُ بالحُرِّيَّةِ الطَّارِئَةِ فبالحُرِّيَّةِ المُقارِنَةِ أوْلَى . ولأنَّ نَقْصَ الرِّقِّ كبيرٌ ، وضَرَرَه بَيِّنٌ ؛ فإنَّه مَشْغُولٌ عن امْرأتِه بحُقُوقِ سَيِّدِه ، ولا يُنْفِقُ نَفَقَةَ المُوسِرِينَ ، ولا يُنْفِقُ على وَلَدِه ، وهو كالمَعْدُومِ بالنِّسْبَةِ إلى نَفْسِه . ولا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكاحِ ؛ فإنَّ النبيَّ ﷺ قال لبَرِيرَةَ : « لَوْ رَاجَعْتِيه » . قالت : يا رسولَ اللهِ ، أتَأْمُرُنِي ؟ قال :

الإنصاف

به . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ .

فائدة : التَّانِئُ في قولِه : ولا بِنْتُ تانِئٍ . هو صاحِبُ العَقارِ . وقيل : الكثيرُ المالِ . قالَه الزَّرْكَشِيُّ . والبَزَّازُ ؛ بَيَّاعُ البَزِّ .

تنبيه : ظاهِرُ قَوْلِه - على رِوايَةِ أنَّ الحُرِّيَّةَ ، والصِّناعَةَ ، واليَسارَ مِن شُروطِ الكَفاءَةِ : فلا تُزَوَّجُ حُرَّةٌ بعَبْدٍ ، ولا بِنْتُ بزَّازٍ بحَجَّامٍ ، ولا بِنْتُ تانِئٍ بحائكٍ ، ولا موسِرَةٌ بمُعْسِرٍ . أنَّه يَشْمَلُ كلَّ صِناعَةٍ رديئَةٍ . وهو قَوْلُ القاضى فى « الجامِعِ » ، والمُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، وغيرِهم . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ » . ومالَ إليه الزَّرْكَشِيُّ . واقْتَصَرَ بعضُهم على هذه الثَّلاثَةِ . وقيل : نسَّاجٌ كحائكٍ .

---

(1) أخرجه مسلم ، فى : باب إنما الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/١١٤٣ . وأبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق وهى تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٧ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/١٠١ . والنسائى ، فى : باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٣٥ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٧١ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/١١٥ ، ١٨٠ ، ٢٠٩ .

الشرح الكبير

« إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ » . قالتْ : فلا حاجةَ لى فيه . رَواه البخارىُّ[1] . ومُراجَعَتُها إيَّاه ابْتِداءُ نِكاحٍ ، فإنَّ نِكاحَها قد انْفَسَخَ باخْتِيارِها ، ولا يَشْفَعُ إليها النبىُّ ﷺ فى أنْ تَنكِحَ عَبْدًا إلَّا والنِّكاحُ صَحِيحٌ . فأمَّا اليَسارُ ، ففيه رِوايتان ؛ إحْداهما ، هو شَرْطٌ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « الحَسَبُ المَالُ »[2] . وقال : « إِنَّ أَحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ هَذَا المَالُ »[3] . وقال لفاطمةَ بنتِ قَيْسٍ حينَ أخْبَرَته أنَّ مُعاوِيَةَ [4] خطَبَها : « أَمَّا مُعاوِيَةُ[4] فَصُعْلُوكٌ لَا مَالَ لَهُ »[5] . ولأنَّ على المُوسِرَةِ ضَرَرًا فى إعْسارِ زَوْجِها ؛

الإنصاف

فائدة : لو زالَتِ الكَفَاءَةُ[6] المذْكُورَةُ بعدَ العَقْدِ ، فلها الفَسْخُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، [٣/٢٠ظ] و « الحاوِى

(١) فى : باب فى خيار الأمة تحت العبد ، وباب شفاعة النبى ﷺ فى زوج بريرة ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٧/٦١ ، ٦٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى المملوكة تعتق وهى تحت حر أو عبد ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٧ . والنسائى ، فى : باب شفاعة الحاكم للخصوم قبل فصل الحكم ، من كتاب آداب القضاة . المجتبى ٨/٢١٥ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٧١ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٧٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/٢١٥ ، ٢٨١ ، ٣٦١ .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/١٥٨ . وابن ماجه ، فى : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢/١٤١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥/١٠ . وصححه فى الإرواء ٦/٢٧١ ، ٢٧٢ .

(٣) أخرجه النسائى ، فى : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ . والحاكم ، فى : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء ... ، من كتاب النكاح . المستدرك ٢ / ١٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥٣ ، ٣٦١ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) تقدم تخريجه فى ١١/١٨١ ، وانظر ما تقدم فى صفحة ٥٣ .

(٦) تحرفت فى الأصل إلى : « البكارة » .

المقنع ....

الشرح الكبير

لإخْلالِه بنَفَقتِها ومُؤْنَةِ أوْلادِه ، ولهذا مَلَكتِ الفَسْخَ بإخْلالِه بالنَّفَقةِ ، فكذلك [٦/١١٠و] إذا كان مُقارِنًا ، ولأنَّ ذلك مَعْدُودٌ نَقْصًا فى عُرْفِ النَّاسِ ، يَتَفاضَلُونَ فيه كتَفاضُلِهم فى النَّسَبِ وأبْلَغُ ، قال نُبَيْهُ بنُ الحَجَّاجِ السَّهْمِىُّ[1] :

سألَتانِى الطَّلاقَ أنْ رَأَتانِى ... قَلَّ مَالِى قد جِئْتُمانِى بنُكرِ
وَيْكأنْ مَنْ يَكُنْ[2] لَهُ نَشَبٌ يُحْـ ... ـبَبْ ومَن يَفْتَقِرْ يَعِشْ عَيْشَ ضُرِّ[3]

فكان مِن شُروطِ الكفاءَةِ ، كالنَّسَبِ . والثانيةُ ، ليس بشَرْطٍ ؛ لأنَّ الفَقْرَ شَرَفٌ فى الدِّينِ ، وقد قال النبىُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أحْيِنى مِسْكِينًا ، وأَمِتْنِى مِسْكِينًا »[4] . وليس هو لازِمًا ، فأشْبَهَ العافِيَةَ مِن المَرَضِ . واليَسَارُ المُعْتَبَرُ ما يَقْدِرُ به على الإنْفاقِ عليها ، حَسَبَ ما يَجِبُ لها ، ويُمْكِنُه أداءُ مَهْرِها . وأمَّا الصِّناعَةُ ، ففِيها أيضًا رِوَايتان ؛ إحْداهما ، أنَّها شَرْطٌ ، فمَن كان مِن أهلِ الصَّنائعِ الدَّنِيئَةِ ؛ كالحائكِ ، والحَجَّامِ ، والحارِسِ ،

الإنصاف

الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وصَحَّحه فى « النَّظْمِ » وغيرِه . كعِتْقِها

(١) نُبيه بن الحجاج السهمى ، ذكره ابن خلكان نقلا عن جمهرة النسب لابن الكلبى ، فقال : مُنَبِّه ونُبَيْه ابنا الحجاج ابن عامر بن حذيفة بن سعد بن سهم القرشى ، كانا سيدىْ بنى سهم فى الجاهلية ، قتلا يوم بدر كافرين ، وكانا من المطعمين . وفيات الأعيان ٦ / ٣٢٩ .

(٢) سقط من النسختين ، والتصويب من المصادر .

(٣) فى م : « نسب » . وفى الأصل : « نسب نجيب » . والأبيات لزيد بن عمرو بن نفيل ، فى الكتاب لسيبويه ٢/١٥٥ ، ٣/ ٥٥٥ ، خزانة الأدب للبغدادى ٦/٤٠٤ ، ٤١٠ . وقال : ونسبها الزبير بن بكار لنبيه بن الحجاج .

(٤) تقدم تخريجه فى ٧/٢٠٨ .

الشرح الكبير

والكَسَّاحِ ، والدَّبَّاغِ ، (1وقَيِّمِ الحَمّامِ 1) ، والزَّبَّالِ ، فليس بكُفْءٍ لبناتِ ذَوِى المُرُوءاتِ ، كأصحابِ الصَّنائعِ الجَليلَةِ ، كالتِّجارَةِ والبِنايَةِ ؛ لأنَّ ذلك نَقْصٌ فى عُرْفِ النَّاسِ ، فأشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ ، وقد جاءَ فى حديثٍ : « العَرَبُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ أَكْفَاءٌ ، إلَّا حَائِكًا أو حَجَّامًا »[2] . قيلَ لأحمدَ : وكيفَ تَأْخُذُ به وأنتَ تُضَعِّفُه ؟ قال : العَمَلُ عليه . يعنى أنَّه وَرَد مُوافِقًا لأهْلِ العُرْفِ . ورُوِىَ أنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ . ويُرْوَى نحوُ ذلك عن أبى حنيفةَ ؛ لأنَّ ذلك ليس بنَقْصٍ فى الدِّينِ ، ولا هو لازِمًا ، فأشْبَهَ الضَّعْفَ والمَرَضَ ، قال بَعْضُهم[3] :

ألَا إنَّما التَّقْوَى هى العِزُّ والكَرَمْ   وحُبُّكَ للدُّنْيَا هو الذُّلُّ والسَّقَمْ
ولَيْسَ على عَبْدٍ تَقِىٍّ نَقِيصَةٌ   إذا حَقَّقَ التَّقْوَى وإن حَاكَ أو حَجَمْ

وأما السَّلامةُ مِن العُيوبِ ، فليست مِن شُروطِ الكفاءَةِ ، فإنَّه لا خِلافَ فى[4] أنَّه لا يَبْطُلُ النِّكاحُ بها ، ولكنَّها تُثْبِتُ الخِيَارَ للمرأةِ دُونَ الأوْلِياءِ ؛ لأنَّ ضَرَرَه يَخْتَصُّ بها . ولوَلِيِّها مَنْعُها مِن نِكاحِ المَجْذُومِ والأبْرَصِ والمَجْنُونِ ، وما عدا هذا فليس بمُعْتَبَرٍ فى الكفاءةِ .

الإنصاف

تحتَ عَبْدٍ . وقيل : ليس لها الفَسْخُ ، كطَوْلِ حُرَّةٍ مِن نَكَحَ[5] أَمَةً ، وكوَلِيِّها .

(1 - 1) فى النسختين : « والقيم والحمامى » . وكذلك المغنى ، والتصويب من الكافى ٣/ ٣٢ .

(2) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٣٥/٧ ، ١٧٤ . وابن عدى ، فى : الكامل ١٧٤٩/٥ ، ١٨٥٢ ، وأبو نعيم ، فى : أخبار أصبهان ١٩١/١ . وهو حديث موضوع . الإرواء ٢٦٨/٦ - ٢٧٠ .

(3) هو أبو العتاهية والبيتان فى ديوانه ٢٤٣ . وانظر : أبو العتاهية أشعاره وأخباره ٣٤٨ ، ٣٤٩ .

(4) سقط من : م .

(5) فى ا : « نكاح » .

الشرح الكبير

فصل : ومَن أسْلَمَ أو عَتَقَ مِن العَبِيدِ ، فهو كُفْءٌ لمَن له أبَوان فى الإسْلامِ والحُرِّيَّةِ . وقال أبو حنيفةَ : ليس بكُفْءٍ . ولا يَصِحُّ ذلك ؛ لأنَّ الصَّحابةَ أكْثَرُهُم أسْلَمُوا ، وكانوا أفْضَلَ الأمَّةِ ، فلا يَجُوزُ أن يُقالَ : إنَّهم غيرُ أكْفاءٍ للتَّابِعِينَ .

فصل : ووَلَدُ الزِّنَى قد قيل : إنَّه كُفْءٌ لذاتِ نَسَبٍ . وعن أحمدَ أنَّه ذُكِر له أنَّه يَنْكِحُ ويُنْكَحُ إليه ، فكأنَّه لم يُحِبَّ ذلك ؛ لأنَّ المرأةَ تُعَيَّرُ[1] به هى وأوْلِياؤُها ، ويَتَعَدَّى ذلك إلى وَلَدِها ، وليس هو كُفْئًا للعَرَبِيَّةِ بغَيْرِ إشْكالٍ فيه ؛ لأنَّه أدْنَى حالًا مِن المَوْلَى .

فصل : والمَوالِى أكْفاءٌ بعضُهم لبعضٍ ، وكذلك العَجَمُ ، قال [٦/١١٠ظ] أحمدُ ، فى رجلٍ مِن بَنِى هاشمٍ له مَوْلَاةٌ : يُزَوِّجُها[2] الخُراسانِىَّ ، وقولُ النبىِّ ﷺ : « مَوْلَى القَوْمِ مِنْهم »[3] . هو فى الصَّدَقَةِ ، فأمَّا فى النِّكاحِ ، فلا . وذَكَر القاضى رِوايةً عن أحمدَ ، أنَّ مَوْلَى

الإنصاف

وفيه خِلافٌ فى « الانْتِصارِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : يُعْزَى لأبِى الخَطَّابِ ، أنَّ للوَلِىِّ الفَسْخَ أيضًا . ويَحْتَمِلُه كلامُ شيْخِه فى « التَّعْليقِ » . وقدَّم فى « الانْتِصارِ » ، أنَّ مِثْلَ الوَلِىِّ مَن وُلِدَ مِنَ الأوْلِياءِ فى ذلك ، وأنَّه إنْ طَرأَ نسَبٌ ، فاسْتَلْحَقَ شرِيفٌ مَجْهولَةً ، أو طَرأَ صَلاحٌ ، فاحْتِمالان . وتقدَّم عندَ قوْلِه : وإذْنُ الثَّيِّبِ الكَلامُ . لا يُشْتَرطُ الإشْهادُ على إذْنِها ، ولا الشَّهادَةُ بخُلوِّها مِنَ المَوانِعِ .

---

(١) فى الأصل : « تتعين » .

(٢) فى م : « يتزوجها » .

(٣) تقدم تخريجه فى ٧/٢٩١ .

الشرح الكبير

القَوْمِ يُكَافِئُهم ؛ لِهَذا الخَبرِ ، ولأنَّ النَّبِىَّ ﷺ زَوَّجَ زَيْدًا وأُسامَةَ عَرَبِيَّتَيْن[1] ، ولأنَّ مَوالِىَ بَنِى هاشمٍ ساوَوْهُم فى حِرْمَانِ الصَّدَقَةِ ، فساوَوْهُم فى الكَفاءَةِ . وهذا لا يَصِحُّ ؛ فإنَّه يُوجِبُ أن يكونَ المَوالِى أكْفاءً للعربِ ، فإنَّ المَوْلَى إذا كانَ كُفْءَ سَيِّدِه ، كان كُفْئًا لِمَن يُكَافِئُه سيدُه ، فيَبْطُلُ اعْتِبارُ المَنْصِبِ ، ولهذا لا يُساوُونهم فى اسْتِحْقاقِ الخُمْسِ ، ولا فى الإمامةِ ، ولا فى الشَّرَفِ ، وأمَّا زَيْدٌ وأسامةُ ، فقد اسْتُدِلَّ بنكاحِهما عَرَبِيَّتَيْن على أنَّ فَقْدَ الكَفاءَةِ لا يُبْطِلُ النِّكاحَ ، واعْتَذَرَ أحمدُ عن تَزْوِيجِهما بأنَّهُما مِن كَلْبٍ ، فهما عَرَبِيَّان ، وإنَّما طَرَأَ عليهما رِقٌّ . فعلى هذا ، يكونُ حُكْمُ كُلِّ عَرَبِىِّ الأصْلِ كذلك .

فصل : فأمَّا أهْلُ البِدَعِ ، فإنَّ أحمدَ قال فى الرَّجُلِ يُزَوِّجُ الجَهْمِىَّ : يُفَرَّقُ بينهما . وكذلك إذا زَوَّجَ الوَاقِفِىَّ ، إذا كان يُخاصِمُ ويَدْعُو ، وإذا زَوَّجَ أُخْتَه مِن هؤلاءِ اللَّفْظِيَّةِ ، وقد كَتَبَ الحديثَ ، فهذا شَرٌّ مِن جَهْمِىٍّ ، يُفَرَّقُ بينَهما . وقال : لا يُزَوِّجُ بِنْتَه مِن حَرُورِىٍّ مَرَق مِن الدِّينِ ، ولا مِن الرَّافِضِىِّ ، ولا مِنَ القَدَرِىِّ ، فإذا كان لا يَدْعُو ، فلا بَأْسَ . وقال : مَن لم يُرْبِعْ[2] بعلىٍّ فى الخلافةِ ، فَلَا تُناكِحُوه ، ولا تُكَلِّمُوه . قال القاضى : المُقَلِّدُ منهم يَصِحُّ تَزْوِيجُه ، ومَن كان دَاعِيَةً منهم ، فلا يَصِحُّ تَزْوِيجُه .

(١) حديث زيد تقدم فى صفحة ٢٥٦ ، وحديث أسامة فى ١٨١/١١ ، وصفحة ٥٣ .
(٢) أى يعده رابع الخلفاء الراشدين .

المقنع ....

الشرح الكبير

فصل : وإنَّما تُعْتَبَرُ الكَفاءَةُ فى الرجلِ دونَ المرأةِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ لا مُكَافِئَ له ، وقد تَزَوَّجَ مِن أحْياءِ العربِ ، وتَزَوَّجَ صَفِيَّةَ بِنْتَ حُيَىٍّ[1] ، وتَسَرَّى بالإِماءِ ، وقال : « مَنْ كانَتْ عِنْدَهُ جَارِيَةٌ فعَلَّمَها ، وَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا ، وَأَحْسَنَ إِلَيْهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَها ، فَلَهُ أَجْرَانِ » . متفقٌ عليه[2] . ولأنَّ الوَلَدَ يَشْرُفُ بشَرَفِ أَبِيه لا بأُمِّه ، فلم يُعْتَبَرْ ذلك فى الأُمِّ .

الإنصاف ....

(1) انظر ما تقدم فى صفحة ٦٦ .

(2) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٤٣ .



المقنع

بَابُ الْمُحَرَّمَاتِ فِى النِّكَاحِ

وَهُنَّ ضَرْبَانِ ؛ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى الْأَبَدِ ، وَهُنَّ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالنَّسَبِ ، وَهُنَّ سَبْعٌ ؛ الْأُمَّهَاتُ ، وَهُنَّ الْوَالِدَةُ ، وَالْجَدَّاتُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، وَإِنْ عَلَوْنَ ، وَالْبَنَاتُ

الشرح الكبير

بابُ المُحرَّماتِ فى النِّكاحِ

(وهُنَّ ضَرْبان ؛ مُحَرَّماتٌ على الأبدِ ، وهُنَّ أرْبَعَةُ أقْسامٍ ؛ أحَدُها ، المُحَرَّماتُ بالنَّسَبِ ، وهُنَّ سَبْعٌ) ذَكَرَهُنَّ اللهُ سبحانَه فى قولِه : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّـٰتُكُمْ وَخَـٰلَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾[1] . فأمَّا الأُمَّهاتُ ، فهُنَّ كُلُّ مَن انْتَسَبْتَ إليها بوِلادَة ، سَواءٌ وَقَعَ عليها اسمُ الأُمِّ حَقِيقَةً ، وهى التى وَلَدَتْك ، أو مَجازًا ، وهى التى وَلَدَتْ مَن وَلَدَكَ[2] وإن عَلَتْ ، ومِن ذلك جَدَّتاك[3] ؛ أُمُّ أُمِّكَ وأُمُّ أبيكَ ، وجَدَّتَا أُمِّك وجَدَّتَا أبيكَ ، [4]وجَدَّاتُ جَدَّاتِكَ[4] وجَدَّاتُ أجْدادِك وإن عَلَوْنَ ، وارِثاتٍ كُنَّ أو غيرَ وارِثاتٍ ، كُلُّهُنَّ أُمَّهاتٌ

الإنصاف

بابُ المُحَرَّماتِ فى النِّكاحِ

....

---

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) فى م : « ولدتك » .

(٣) فى م : « جدتا » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « وجدتا جدتاك وجدتا » .

المقنع مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ ، وَبَنَاتُ الْأَوْلَادِ ، وَإِنْ سَفَلُوا ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ ، وَبَنَاتُ الْأَخِ ، وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأَوْلَادُهُمْ ، وَإِنْ سَفَلُوا ، وَالْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ ، وَإِنْ عَلَوْنَ ، وَلَا تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ .

الشرح الكبير مُحَرَّماتٌ ، ذَكَر أبو هُرَيْرَةَ[1] هاجَرَ أُمَّ إسماعيلَ ، فقال : تِلْكَ أُمُّكُم يا بَنِى ماءِ السَّماءِ[2] . وفى [١١١/٦و] الدُّعاءِ المَأْثُورِ : اللَّهُمَّ صَلِّ على أبِينا آدَمَ وأُمِّنا حَوَّاءَ . والبناتُ ، وهُنَّ كلُّ أُنْثَى انْتَسَبَتْ إليك بوِلادَتِك ، كابْنَةِ الصُّلْبِ ، وبَناتِ البَنِين والبناتِ وإن نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، وارِثاتٍ أو غيرَ وارِثاتٍ ، كُلُّهُنَّ بناتٌ مُحَرَّماتٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . فإنَّ كُلَّ امرأةٍ بنتُ آدَمَ ، كما أنَّ كلَّ رجلٍ ابنُ آدَمَ[3] ، قال اللهُ تعالى : ﴿ يَا بَنِىٓ ءَادَمَ ﴾[4] . والأَخَواتُ مِن الجِهاتِ الثَّلاثِ ، مِن الأبوَيْنِ ، أو مِن الأبِ ، أو مِن الأُمِّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَخَوَٰتُكُمْ ﴾ . ولا تَفْرِيعَ

الإنصاف **فائدة** : قولُه : والبَناتُ مِن حلالٍ أو حَرامٍ . وكذا بِنْتُه المَنْفِيَّةُ بلِعانٍ ومِن شُبْهَةٍ . ويكْفِى فى التَّحْريمِ أنْ يَعْلَمَ أنَّها بِنْتُه ظاهِرًا ، وإنْ كان النَّسَبُ لغيرِه . قالَه القاضى فى « التَّعْليقِ » . فظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى اسْتِدْلالِه ، أنَّ الشَّبَهَ[5] كافٍ فى ذلك . قالَه الزَّرْكَشِىُّ .

---

(١) فى الأصل : « بكر » .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ واتخذ الله إبراهيم خليلا ﴾ ... ، من كتاب الأنبياء ، وفى : باب إلى من ينكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٧١/٤ ، ٧/٧ . ومسلم ، فى : باب من فضائل الخليل إبراهيم ﷺ ، من كتاب الفضائل . صحيح مسلم ١٨٤١/٤ .

(٣) بعده فى الأصل : « أو من الأم » .

(٤) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٥) فى الأصل : « الشبهة » .

الشرح الكبير

عليهنَّ . والعَمَّاتُ أخواتُ الأبِ مِن الجهاتِ الثَّلاثِ ، وأخواتُ الأجْدَادِ مِن قِبَلِ الأبِ ومِن قِبَلِ الأُمِّ ، قَرِيبًا كان الجَدُّ أو بعيدًا ، وارِثًا أو غيرَ وارثٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَعَمَّٰتُكُمْ ﴾ . والخالاتُ أخواتُ الأُمِّ مِن الجهاتِ الثلاثِ ، وأخواتُ الجَدَّاتِ وإن عَلَوْنَ ، وقد ذَكَرْنا أنَّ كلَّ جَدَّةٍ أُمٌّ ، فكذلك كلُّ أختٍ لجَدَّةٍ خالةٌ مُحَرَّمَةٌ ، لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَخَٰلَٰتُكُمْ ﴾ . وبناتُ الأخِ ، كُلُّ امْرَأةٍ انْتَسَبَتْ إلى أخٍ بولادةٍ[1] ، فهى بِنْتُ أخٍ مُحَرَّمَةٌ مِن أىِّ جِهَةٍ كان الأخُ[2] ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ ﴾ . وبناتُ الأُخْتِ كذلك أيضًا مُحَرَّماتٌ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ . فهؤلاء المُحَرَّماتُ بالنَّسَبِ .

فصل : ولا فَرْقَ بينَ النَّسَبِ الحاصِلِ بنِكاحٍ ، أو مِلْكِ يَمِينٍ ، أو وَطْءِ شُبْهَةٍ ، أو حَرامٍ ، فتَحْرُمُ عليه ابنتُهُ مِن الزِّنَى ؛ لدُخُولِها فى عُمومِ اللَّفْظِ ، وأنَّها مَخْلُوقَةٌ مِن مائِه ، فحَرُمَتْ ، كتَحْرِيمِ الزَّانِيَةِ على وَلَدِها ، وتحْرِيمِ المَنْفِيَّةِ باللِّعانِ ؛ لأنَّها رَبِيبَتُه[3] ، ولاحْتِمالِ أن تكونَ ابْنَتَه ،

الإنصاف

تنبيهات ؛ الأوَّلُ ، شَمِلَ قوْلُه : والعَمَّاتُ . عَمَّةَ أبيه وأُمِّه لدُخولِهما فى عمَّاتِه ، وعَمَّةَ العَمِّ لأبٍ لأنَّها عَمَّةُ أبيه ، لا عَمَّةُ العَمِّ لأُمٍّ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ منه . وتحْرُمُ خالَةُ العَمَّةِ لأُمٍّ ، ولا تحْرُمُ خالَةُ العَمَّةِ لأبٍ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ . وتحْرُمُ عَمَّةُ الخالَةِ لأبٍ لأنَّها عَمَّةُ الأُمِّ ، ولا تحْرُمُ عَمَّةُ الخالَةِ لأُمٍّ لأنَّها أجْنَبِيَّةٌ .

(١) فى م : « بولادته » .
(٢) سقط من : الأصل .
(٣) فى م : « منفية » .

المقنع

الْقِسْمُ الثَّانِى ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالرَّضَاعِ . وَيَحْرُمُ بِهِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ سَوَاءً .

الشرح الكبير

وفيه اخْتِلافٌ نَذْكُرُه إن شاء اللهُ تعالى .

(القسمُ الثانى ، المُحَرَّماتُ بالرَّضاعِ ، فيَحْرُمُ به ما يَحْرُمُ بالنسَبِ سَواءً) والذى ذَكَرَه اللهُ تعالى اثْنَتان فقال سبحانَه : ﴿ وَأُمَّهَـٰتُكُمُ ٱلَّـٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَـٰعَةِ ﴾ . فالأُمَّهاتُ اللَّاتى أَرْضَعْنَك وأُمَّهاتُهنَّ وجَدَّاتُهنَّ وإن عَلَتْ دَرَجتُهُنَّ ، على حَسَبِ ما ذَكَرْناه فى النَّسَبِ ، مُحَرَّماتٌ بالآيةِ . وأمَّا الأخَواتُ ، فهى كلُّ امرأةٍ أرْضَعَتْكَ أُمُّها ، أو أرْضَعَتْها أُمُّكَ ، أو أرْضَعَتْكَ وإيَّاها امرأةٌ واحدةٌ ، أو ارْتَضَعْتَ أنت وهى مِن لَبَنِ رجلٍ واحدٍ ، كرَجُلٍ له امْرأتان لهما منه لَبَنٌ ، أرْضَعَتْكَ إحدَاهُما وأرْضَعَتْها الأُخْرَى ، فهى أُخْتُكَ ، مُحَرَّمَةٌ عليك بالآيةِ .

الإنصاف

الثَّانى ، قوْلُه : القِسْمُ الثَّانى ، المُحَرَّماتُ بالرَّضَاعِ ، ويَحْرُمُ به ما يحْرُمُ بالنَّسَبِ سَواءً . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . قال ابنُ البَنَّا فى « خِصالِه » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما : إلَّا أمَّ أخِيه وأُختَ ابنِه ، فإنَّهما يحْرُمان مِنَ النَّسَبِ ولا يحْرُمان بالرَّضاعِ . وقاله الأصحابُ . لكِنَّ أمَّ أخِيه إنَّما حَرُمَتْ مِن غيرِ الرَّضاعِ مِن جِهَةٍ أُخْرَى ؛ لكَوْنِها زَوْجَةَ أبيه ، وذلك مِن جِهَةِ تحْريمِ المُصاهَرَةِ لا مِن جِهَةِ تحْريمِ النَّسَبِ ، وكذلك أُخْتُ ابْنِه إنَّما حَرُمَتْ لكَوْنِها رَبِيبَةً ، فلا حاجَةَ إلى اسْتِثْنائِهما . وقد قال الزَّرْكَشِىُّ ، وغيرُه مِنَ الأصحابِ : والصَّوابُ عندَ الجُمْهورِ عدَمُ اسْتِثْنائِهما . وقال فى « القاعِدَةِ الثَّانِيَةِ والخَمْسِين بعدَ المِائَةِ » : يحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ،

الشرح الكبير

وكذلك كلُّ امرأةٍ حَرُمَتْ عليك بالنَّسَبِ[1] ، حَرُمَ مِثْلُها مِن الرَّضاعِ ؛ كالعَمَّةِ ، والخالَةِ ، والبِنْتِ ، وبِنْتِ الأخِ ، وبِنْتِ الأُخْتِ ، على ما ذَكَرْنا ، لقولِ النبيِّ ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . متفقٌ عليه[2] . وفى رِوايةٍ لمسلمٍ : « الرَّضَاعُ يُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الوِلَادَةُ » . ولأنَّ الأمَّهاتِ والأخَواتِ مَنصوصٌ عليهِنَّ ، والباقِياتُ يُقَسْنَ عليهِنَّ ، ولا نَعْلَمُ فى هذا خلافًا .

الإنصاف

أنَّه لا يَثْبُتُ به تحْريمُ المُصاهَرَةِ ، فلا يَحْرُمُ على الرَّجُلِ نِكاحُ أُمِّ زَوْجَتِه وابْنَتِها مِنَ الرَّضاعِ ، ولا على المَرْأَةِ نِكاحُ أبِى زَوْجِها وابنِه مِنَ الرَّضاعِ . وقال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ ابنِ بَدِينا[3] ، فى حَليلَةِ الابنِ مِنَ الرَّضاعِ : لا يُعْجِبُنِى أنْ يتزَوَّجَها ؛ يحْرُمُ مِنَ الرَّضاعِ ما يحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ . وليس على هذا

---

(1) سقط من : م .

(2) أخرجه البخارى ، فى : باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ...، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبى ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ويحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، وباب لاتنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/٢٢٢ ، ٤/١٠٠ ، ٧/١٢ ، ١٥ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة . صحيح مسلم ٢/١٠٦٨ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كما أخرجه أبو داود، فى : باب يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٤ . والنسائى ، فى : باب مايحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٨٢ ، ٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦٢٣ . والدارمى ، فى : باب مايحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٥٦ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ماجاء فى الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٢/٦٠١ ، ٦٠٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٤ ، ٥١ ، ٦٦ ، ٧٢ ، ١٠٢ ، ١٧٨ .

(3) هو محمد بن الحسن بن هارون تقدمت ترجمته فى ١١/٢٥١ .

المقنع **الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، الْمُحَرَّمَاتُ بِالْمُصَاهَرَةِ ، وَهُنَّ أَرْبَعٌ ؛ أُمَّهَاتُ**

الشرح الكبير (القسمُ الثالثُ ، تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ، وهُنَّ أرْبَعٌ ؛ أُمَّهاتُ النِّساءِ) فمَن تزوَّجَ امرأةً حَرُمَ عليه كلُّ أُمٍّ لها مِن نَسَبٍ أو رَضَاعٍ ، قَرِيبَةٍ أو بَعِيدَةٍ ، بمُجَرَّدِ العَقْدِ . نَصَّ عليه أحمدُ . [٦/١١١ظ] وهو قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم ابنُ مسعودٍ ، وابنُ عمرَ ، وجابرٌ ، وعِمْرانُ بنُ حُصَيْنٍ ، وكثيرٌ مِن التابعين . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرأيِ . وحُكِيَ عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أنَّها لا تَحْرُمُ إلَّا بالدُّخولِ بابْنَتِها ، كما لا تَحْرُمُ ابْنَتُها إلَّا بالدُّخُولِ بها . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ . والمَعْقُودُ عليها مِن نِسائِه ، فتَدْخُلُ أُمُّها فى عُمُومِ الآيةِ . قال ابنُ عباسٍ : أَبْهِمُوا ما أَبْهَمَ القرآنُ[1] . يعنى عَمِّمُوا حُكْمَها فى كلِّ حالٍ ، ولا تَفْصِلُوا بينَ المَدْخُولِ بها وبينَ غيرِها . وروَى عمرُو بنُ شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّه ،

الإنصاف الضابطِ إيرادٌ صحيحٌ سِوَى المُرْتَضَعَةِ بلَبَنِ الزِّنَى[2] ، والمَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ ابنِه عَبْدِ اللهِ ، أنَّها مُحَرَّمَةٌ كالبِنْتِ مِنَ الزِّنَى ، فلا إيرادَ إذَنْ . انتهى .

الثَّالثُ ، قولُه : القِسْمُ الثَّالِثُ ، المُحَرَّماتُ بالمُصاهَرَةِ ، وهُنَّ أرْبَعٌ ؛ أُمَّهاتُ نِسائِه . فيَحْرُمْنَ بمُجَرَّدِ العَقْدِ على البِنْتِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ قاطِبَةً . وعنه ، أُمَّهاتُ النِّساءِ كالرَّبائبِ ، لا يحْرُمْنَ إلَّا بالدُّخولِ بِبَناتِهِنَّ . ذكَرَها الزَّرْكَشِيُّ .

---

(١) أخرج نحوه سعيد بن منصور فى سننه ١/٢٣٤ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٧٣ .

(٢) فى الأصل : « المزوج » . والمثبت رواية القواعد .

نِسَائِهِ ، وَحَلَائِلُ آبَائِهِ ....

الشرح الكبير

أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « مَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَطَلَّقَهَا قَبْلَ أنْ يَدْخُلَ بِهَا ، لَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَتَه ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّهَا » . رَواه أبو حَفْصٍ بإسْنادِه[1] . وقال زَيْدٌ : تَحْرُمُ بالدُّخولِ أو بالموتِ ؛ لأنه يَقُومُ مَقامَ الدُّخولِ . وقد ذَكَرْنا ما يُوجِبُ التَّحْرِيمَ مُطْلَقًا ، سَواءٌ وُجِدَ الدُّخولُ أو الموتُ أو لم يُوجَدْ ، ولأنَّها حَرُمَتْ بالمُصاهَرَةِ بقولٍ مُبْهَمٍ ، فحَرُمَتْ بنَفْسِ العَقْدِ ، كحَليلةِ الابْنِ والأبِ . الثانيةُ (حَلائِلُ الآباءِ) يَعْنِى أزْواجَهم ، سُمِّيَتِ امرأةُ الرَّجُلِ حَلِيلَةً ؛ لأنَّها مَحَلُّ إزارِ زَوْجِها ، وهى مُحَلَّلَةٌ له ، فتَحْرُمُ على الرجلِ امرأةُ أبِيه ، قَريبًا كان أو بَعيدًا ، وارِثًا أو غيرَ وارِثٍ ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ ؛ لقولِه تعالَى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾[2] . وقال البَراءُ بنُ عازِبٍ : لَقِيتُ خالِى ومعه الرَّايَةُ ، قال : أرْسَلَنِى رسولُ اللهِ ﷺ إلى رجلٍ تَزَوَّجَ امرأةَ أبيه مِن بعدِه ، أن أضْرِبَ عُنُقَه أو أقْتُلَه . رَواه النَّسائىُّ[3] . وفى رِوايةٍ : لَقِيتُ عَمِّى

الإنصاف

الرَّابِعُ ، دخَل فى قوْلِه : وحَلائلُ آبائِه . كلُّ مَن تزَوَّجَها أبُوه ، أو جَدُّه لأبِيه أو لأُمِّه ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، وإنْ عَلا ، سَواءٌ دخَل بها أو لم يدْخُلْ ، طَلَّقها

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب ماجاء فى من يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٤١ . وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٧٦ . وابن عدى ، فى : الكامل ٤/ ١٤٦٩ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ١٦٠ . وضعفه فى الإرواء ٦/ ٢٨٦ ، ٢٨٧ .

(٢) سورة النساء ٢٢ .

(٣) فى : باب نكاح ما نكح الآباء ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٠ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب =

المقنع وَأَبْنَائِهِ ، [٢٠٥ظ] فَيَحْرُمْنَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ دُونَ بَنَاتِهِنَّ ،........

الشرح الكبير الحارِثَ بنَ عمرٍو ، (١ومعه الرَّايَةُ١) . فذَكَرَ الخَبَرَ . رَواه كذلك سعيدٌ ، وغيرُه(٢) . وسَواءٌ فى هذا امرأةُ أبيه ، أو امرأةُ جَدِّه لأبيه ، وجَدِّه لأُمِّه ، قَرُبَ أم بَعُدَ ، وليس فى هذا بينَ أهلِ العلمِ اخْتِلافٌ فيما عَلِمْنا . وتَحْرُمُ عليه(٣) مَن وَطِئَها أبوه بِمِلْكِ يَمِينٍ أو شُبْهَةٍ ، كما يَحْرُمُ عليه مَن وَطِئَها فى عَقْدِ نِكاحٍ . قال ابنُ المُنْذِرِ : المِلْكُ فى هذا والرَّضاعُ بمَنْزِلَةِ النَّسَبِ ، ومِمَّن حَفِظْنا ذلك عنه ؛ عطاءٌ ، وطاوسٌ ، والحسنُ ، وابنُ سيرينَ ، ومكحولٌ ، وقَتادَةُ ، والثورىُّ ، والأوزاعِىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، ولا نَحْفَظُ عن (٤أحَدٍ خِلافَهم٤) . الثالثةُ ، حَلائِلُ الأبْناءِ ، فتَحْرُمُ على الرجلِ زَوْجَةُ ابنِه ، وابنِ ابْنَتِه ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قريبًا كان أو بعيدًا ، بمُجَرَّدِ العَقْدِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ﴾ . ولا نَعْلَمُ فى هذا خلافًا . ولا تَحْرُمُ بَناتُهنَّ ، فيَحِلُّ له نِكاحُ رَبِيبَةِ ابْنِه وأبيه ؛

الإنصاف أو ماتَ عنها أو افْتَرَقا بغيرِ ذلك . ودخَل فى قوْلِه : وأبْنائِه . يعْنِى وحَلائلَ أبْنائِه . كلُّ مَن تزَوَّجَها أحدٌ مِن أوْلادِه ، أو أولادِ أولادِه وإنْ نزَلُوا ، سَواءٌ كانُوا مِن أوْلادِ البَنِين أو البَناتِ ، مِن نسَبٍ أو رَضاعٍ .

= فى من تزوج امرأة أبيه ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ٦/١١٧ . وابن ماجه ، فى : باب من تزوج امرأة أبيه من بعده ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢/٨٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/٢٩٢، ٢٩٧ .

(١ - ١) فى الأصل : « معه » .

(٢) أخرجه سعيد ، فى : باب ما جاء فى الرجل يتزوج المرأة ... السنن ١/٢٣٥ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يزنى بحريمه ، من كتاب الحدود . سنن أبى داود ٢/٤٦٧ . والدارمى ، فى : باب الرجل يتزوج امرأة أبيه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٥٣ .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) فى الأصل : « أحمد خلافه » .

المقنع وَالرَّبَائِبُ ؛ وَهُنَّ بَنَاتُ نِسَائِهِ اللَّاتِى دَخَلَ بِهِنَّ دُونَ اللَّاتِى لَمْ يَدْخُلْ بِهِنَّ ، ....

الشرح الكبير لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[1] . الرابعةُ ، بناتُ النِّسَاءِ اللَّاتِى دَخَل بِهِنَّ ، وهُنَّ الرَّبَائِبُ ، فلا يَحْرُمْنَ إلَّا بالدُّخولِ بأُمَّهاتِهِنَّ ، وهُنَّ كُلُّ بِنْتٍ للزَّوْجَةِ ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، قريبةً أو بعيدةً ، وارِثةً أو غيرَ وارثةٍ ، [١١٢/٦و] على حَسَبِ ما ذَكَرْنا فى البناتِ ، فإذا دَخَل بالأُمِّ ، حَرُمَتْ عليه ، سَواءٌ كانت فى حِجْرِه ، أو لم تَكُنْ فى حِجْرِه ، [2]فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ ، إلَّا أنه رُوِىَ عن عمرَ ، وعلىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنهما ، أنَّهما رَخَّصا فيها إذا لم تكُنْ فى حِجْرِه[2] . وهو قولُ داودَ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم ﴾ . قال ابنُ المُنْذِرِ : وقد أجْمَعَ علماءُ الأمْصارِ على خِلافِ هذا القَوْلِ . وذَكَرْنا حديثَ عمرِو بنِ شُعَيْبٍ فى

الإنصاف الخامسُ ، ظاهِرُ قولِه : والرَّبائبُ ؛ وهُنَّ بَناتُ نِسائِه اللَّاتِى دخَل بهِنَّ . أنَّه سَواءٌ كانتِ الرَّبِيبَةُ فى حِجْرِه أو لا . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وقيل : لا تحْرُمُ إلَّا إذا كانتْ فى حِجْرِه . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وهو ظاهِرُ القُرْآنِ .

فائدة : يحْرُمُ عليه بِنْتُ ابنِ زَوْجَتِه . نقَلَه صالِحٌ وغيرُه . وذكَر الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، [٢١/٣و] أنَّه لا يَعْلَمُ فيه نِزاعًا . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والخَمْسِين بعدَ المِائَةِ » . ولا تحْرُمُ زَوْجَةُ رَبِيبِه . ذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ،

---

(١) سورة النساء ٢٤ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع فَإِنْ مِتْنَ قَبْلَ الدُّخولِ ، فَهَلْ تَحْرُمُ بَنَاتُهُنَّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير هذا ، وقال النبيُّ ﷺ (١)لأُمِّ حَبِيبَةَ(١) : « لا تَعْرِضْنَ عَلَىَّ بَنَاتِكُنَّ وَلَا أَخَوَاتِكُنَّ »(٢) . ولأنَّ التَّرْبِيَةَ(٣) لا تَأْثِيرَ لها فى التَّحْرِيمِ ، كسائِرِ المُحَرَّماتِ . فأمَّا الآيَةُ ، فلم تَخْرُجْ مَخْرَجَ الشَّرْطِ ، وإنَّما وَصَفَها بذلك تَعْرِيفًا لها بغالبِ حالِها ، وما خَرَجَ مَخْرَجَ الغالبِ ، لا يَصِحُّ التَّمَسُّكُ بمَفْهُومِه . وإن لم يَدْخُلْ بالمرأةِ ، لم تَحْرُمْ عليه بناتُها ، فى قولِ عامَّةِ علماءِ الأمصارِ ، إذا بانَتْ مِن نِكاحِه .

٣١٣٦ – مسألة : (فإن مِتْنَ قبلَ الدُّخولِ ، فهل تَحْرُمُ بَناتُهُنَّ ؟ على رِوايَتَيْن) إحْدَاهُما ، تَحْرُمُ ابْنَتُها . وبه قال زيدُ بنُ ثابتٍ . وهى اختيارُ

الإنصاف وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » . ونصَّ عليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ ابنِ مُشَيشٍ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لا أعْلَمُ فيه نِزاعًا . ويُباحُ للمَرْأَةِ ابنُ زَوْجَةِ ابْنِها ، وابنُ زَوْجِ ابْنَتِها ، وابنُ زَوْجِ أُمِّها ، وزَوْجُ زَوْجَةِ أَبِيها ، وزَوْجُ زَوْجَةِ ابنِها . ذكَرَه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الوَجِيزِ » .

قوله : فإنْ مِتْنَ قبلَ الدُّخولِ ، فهل تَحْرُمُ بَناتُهُنَّ ؟ على رِوايتَيْن . يعْنِى إذا ماتَتِ

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الثيبات ، وباب : ﴿ وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ﴾ ...، وباب : ﴿ وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم ... ﴾ وباب : ﴿ وأن تجمعوا بين الأختين ... ﴾ ، من كتاب النكاح ، وفى : باب المراضع من المواليات وغيرهن ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ٦/٧ ، ١٢ ، ١٤ ، ١٥ ، ٨٧ . وأبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٤/١ . والنسائى ، فى : باب تحريم الجمع بين الأم والبنت ، وباب تحريم الجمع بين الأختين ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٨/٦ ، ٧٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٩١/٦ ، ٣٠٩ ، ٤٢٨ .

(٣) فى الأصل : « الربيبة » .

الشرح الكبير

أبى بكرٍ ؛ لأنَّ المَوْتَ أُقِيمَ مُقامَ الدُّخُولِ فى تكْميلِ العِدَّةِ والصَّداقِ ، فيَقُومُ مَقامَه فى تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ . والثانيةُ ، لا تَحْرُمُ . وهو قولُ علىٍّ ، وعامَّةِ العلماءِ . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ عَوامُّ علماءِ الأمصارِ ، أنَّ الرجلَ إذا تزَوَّجَ المرأةَ ثم طَلَّقَها ، أو ماتَتْ قَبْلَ أن يَدْخُلَ بها ، حَلَّ له أن يَتزَوَّجَ ابْنَتَها ، كذلك قال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وأحمدُ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ، ومَن تَبِعَهم ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا نَصٌّ لا يُتْرَكُ بقياسٍ ضعيفٍ ، وقد ذَكَرْنا حديثَ عمرِو بنِ شُعَيْبٍ ، ولأنَّها فُرْقَةٌ قَبْلَ الدُّخولِ ، فلم تُحَرِّمِ الرَّبِيبَةَ ،

الإنصاف

المَعْقودُ عليها قبلَ الدُّخُولِ ، ولها بِنْتٌ . وأَطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ؛ إحْداهما ، لا يحْرُمْنَ . وهو المذهبُ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الكافِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهما ، وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، يحْرُمْنَ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « المُقْنِعِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، مِثْلُ ذلك فى الحُكْمِ لو أبانَها بعدَ الخَلْوَةِ وقبلَ الدُّخُولِ ، خِلافًا ومذهبًا . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : إذا طلَّقَ بعدَ الخَلْوَةِ وقبلَ الوَطْءِ ، فرِوايَتان ؛ أنَصُّهما - وهو الذى قطَع به القاضى فى « الجامِعِ الكَبِيرِ » فى مَوْضِعٍ ، وفى « الخِصالِ » ، وابنُ البَنَّا ، والشِّيرازِىُّ - ثُبوتُ حُكْمِ الرَّبِيبَةِ .

المقنع وَيَثْبُتُ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ بِالْوَطْءِ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ، ....

الشرح الكبير كفُرْقَةِ الطَّلاقِ ، والموتُ لا يَجْرِى مَجْرَى الدُّخولِ فى الإِحْصانِ والإِحْلالِ ، وقيامُه مَقامَه مِن وَجْهٍ ليس بأَوْلَى مِن مُفارَقَتِه إيَّاه مِن وَجْهٍ آخَرَ ، ولو قام مَقامَه مِن كلِّ وَجْهٍ فلا يُتْرَكُ صَرِيحُ[1] نصِّ اللهِ تعالى و[2] نَصِّ رسولِه لقياسٍ ولا غيرِه . إذا ثَبَت هذا ، فإنَّ الدُّخُولَ بها وَطْؤُها ، كَنى عنه بالدُّخُولِ ، فإن خَلَا بها و لم يَطَأْها ، لم تَحْرُم ابْنَتُها ؛ لأنَّها غيرُ مَدْخولٍ بها .

٣١٣٧ – مسألة : (ويَثْبُتُ تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ بالوَطْءِ الحَلالِ

الإنصاف والثَّانيةُ – وهى اخْتِيارُ أبى محمدٍ ، وابنِ عَقِيلٍ ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وفى « الجامعِ » فى مَوْضِعٍ – لا يثْبُتُ . وقدَّم فى « المُغْنِى » أنَّها لا تحْرُمُ . وصحَّحه فى مَوْضِعٍ آخَرَ . قلتُ : وصحَّحَه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الشَّرْحِ » ، فى كِتابِ الصَّداقِ . وهو المذهبُ . الثَّانيةُ ، قطَع[3] المُصَنِّفُ وغيرُه [4]مِنَ الأصحابِ – فى المُباشَرَةِ[4] ونظَرِ الفَرْجِ – بعَدَمِ التَّحْريمِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وقد يُقالُ بالتَّحْريمِ ؛ بِناءً على تقرُّرِ الصَّداقِ . ويأْتِى أيضًا التَّنْبِيهُ على الخَلْوَةِ فيما يُقرِّرُ الصَّداقَ فى بابِه . ولا يثْبُتُ التَّحْريمُ باسْتِدْخالِ ماءِ الرَّجُلِ . نصَّ عليه فى « التَّعْليقِ » فى اللِّعانِ .

قوله : ويثْبُتُ تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ بالوَطْءِ الحَلالِ والحَرامِ . أمَّا ثُبوتُ تحْريمِ

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « ولا » .
(٣) بعده فى الأصل : « به » .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

والحَرامِ) فإذا زَنَى بامرأةٍ حَرُمَتْ على أبيه وابْنِه ، وحَرُمَتْ عليه أُمُّها وابْنَتُها ، كما لو وَطِئَها بشُبْهَةٍ أو حَلالًا . ولو وَطِئَ أُمَّ امْرأتِه أو ابْنَتَها ، حَرُمَتْ عليه امرأتُه . نَصَّ أحمدُ على هذا فى روايةِ جماعةٍ . ورُوِىَ نحوُ ذلك عن عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ . وبه قال الحسنُ ، وطاوسٌ ، ومُجاهِدٌ ، والشَّعْبِىُّ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ أنَّ وَطْءَ الحَرامِ لا يُحَرِّمُ[1] . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، ويَحْيَى بنُ يَعْمُرَ ، وعُرْوَةُ ، والزُّهْرِىُّ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا يُحَرِّمُ الحَرَامُ الحَلَالَ »[2] . ولأنَّه [٦/١١٢ظ] وَطْءٌ لا تَصِيرُ به المَوْطُوءَةُ فِرَاشًا ، [3]فلا يُحَرِّمُ[3] ، كوَطْءِ الصَّغِيرةِ . ولَنا ، قولُه سبحانَه : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ . والوَطْءُ يُسَمَّى نِكاحًا ، قال الشاعرُ :

إذا زَنَيْتَ فأجِدْ نِكاحًا

الإنصاف

المُصاهَرَةِ بالوَطْءِ الحَلالِ فإجْماعٌ . ويثْبُتُ بوَطْءِ الشُّبْهَةِ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يفجر بالمرأة ... ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٩٣ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ .

(٢) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب لا يحرم الحرام ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٩ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣ / ٢٦٨ . والبيهقى ، فى : باب الزنى لا يحرم الحلال ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

فيَدْخُلُ فى عُمُومِ الآيَةِ ، وفى الآيَةِ قَرِينةٌ تَصْرِفُه إلى الوَطْءِ ، وهو قولُه سبحانَه : ﴿ إِنَّهُ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾ . وهذا التَّغْلِيظُ إنَّما يكونُ فى الوَطْءِ . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَا يَنْظُرُ اللهُ إلى رَجُلٍ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرأةٍ وابْنَتِها »[1] . ورَوَى الجُوزْجانِىُّ بإسنادِه عن وَهْبِ ابنِ مُنَبِّهٍ قال : مَلْعُونٌ مَن نَظَر [2]إلى فَرْجِ[2] امرأةٍ وابْنَتِها[3] . فذَكَرْتُه لسعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، فأعْجَبَه . ولأنَّ ما تَعَلَّقَ مِن التَّحْرِيمِ بالوَطْءِ المُباحِ[4] ، تَعَلَّقَ بالمَحْظُورِ ، كوَطْءِ الحائضِ ، ولأنَّ النِّكاحَ عَقْدٌ يُفْسِدُه الوَطْءُ بالشُّبْهَةِ ، فأفْسَدَه الوَطْءُ الحَرامُ ، كالإِحْرامِ . وحَدِيثُهم لا نَعْرِفُ صِحَّتَه ، وإنَّما هو مِن كلامِ ابنِ أَشْوَعَ[5] بعضِ قُضاةِ العِراقِ ، كذلك قال الإِمامُ أحمدُ . وقيلَ : إنَّه مِن قولِ ابنِ عباسٍ . ووَطْءُ

الإنصاف

الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وحَكاه ابنُ المُنْذِرِ إجْماعًا . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : لا يثْبُتُ . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » . وحِكايةُ هذا الوَجْهِ منه عَجِيبٌ ؛ فإنَّه جزَم بأنَّ الوَطْءَ فى الزِّنَى كالنِّكاحِ الصَّحيحِ ، وأطْلَقَ وَجْهَيْن فى الوَطْءِ بشُبْهَةٍ .

---

(١) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب الرجل يقع على أم امرأته ... ، من كتاب النكاح . المصنف ٤/١٦٥ . والدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٢٦٩ . موقوفًا بهذه الرواية . وعند ابن أبى شيبة مرفوعًا برواية أخرى تأتى فى صفحة ٢٩٥ . وانظر : السنن الكبرى للبيهقى ٧/١٧٠ .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٦٨ بنحوه .

(٤) سقط من : م .

(٥) هو سعيد بن عمرو بن أشوع ، بفتح الهمزة وسكون الشين وفتح الواو وبالعين المهملة ، الهمدانى الكوفى ، قاضى الكوفة ، شيخ من ثقات الكوفيين ، توفى فى ولاية خالد بن عبد الله ، وأرخه ابن قانع سنة عشرين ومائة . انظر : تهذيب التهذيب ٤/٦٧ .

الشرح الكبير

الصغيرةِ مَمْنوعٌ ، ثم[1] يَبْطُلُ بوَطْءِ الشُّبْهَةِ .

فصل : والوَطْءُ على ثلاثةِ أضْرُبٍ ؛ مُباحٌ ، وهو الوَطْءُ مِن نِكاحٍ صحيحٍ أو مِلْكِ يمينٍ ، فيَتَعَلَّقُ به تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ بالإجْماعِ ، ويصيرُ مَحْرَمًا لمَن حَرُمَتْ عليه ؛ لأنَّها حَرُمَتْ عليه على التَّأْبِيدِ بسَبَبٍ مُباحٍ ، أشْبَهَ النَّسَبَ . الثانى ، الوَطْءُ بالشُّبْهَةِ ، وهو الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، أو شِراءٍ فاسِدٍ ، أو وَطْءُ امرأةٍ ظَنَّها امرأتَه أو أمَتَه ، أو وَطْءُ الأمَةِ التى له[2] فيها شِرْكٌ ، وأشباهُ ذلك ، فيَتَعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ كتَعَلُّقِه بالوَطْءِ المُباحِ إجماعًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ كلُّ مَن نَحْفَظُ عنه مِن أهلِ العلمِ

الإنصاف

فائدة : ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ أنَّ وَطْءَ الشُّبْهَةِ ليس بحَلالٍ ولا حَرامٍ ؛ فقال : ووَطْءُ الحَرامِ مُحَرِّمٌ كما يُحَرِّمُ وَطْءُ الحَلالِ والشُّبْهَةِ . وصرَّح القاضى فى « تَعْليقِه » أنَّه حَرامٌ . وأمَّا ثبُوتُه بالوَطْءِ الحَرامِ فهو المذهبُ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ جماعَةٍ . وذكَر القاضى فى « الخِلافِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » أنَّه يثْبُتُ تحْريمُ المُصاهَرَةِ بوَطْءِ الدُّبُرِ بالاتِّفاقِ . وجزَم به فى «الهِدايَةِ»، و «الخُلاصَةِ»، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « المُغْنِى »، و « التَّرْغِيبِ »، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « المُذْهَبِ » : إذا وَطِئَ امْرأةً بزِنًى كان كالوَطْءِ فى النِّكاحِ . وقيل : لا يثْبُتُ تحْريمُ المُصاهَرَةِ بوَطْءِ الدُّبُرِ . ونقَل بِشْرُ بنُ محمدٍ[3] ، لا يُعْجِبُنِى . ونَقَل المَيْمُونِىُّ ، إنَّما حرَّم اللهُ

---

(1) فى م : « لم » .

(2) سقط من : م .

(3) لعله بشر بن محمد السختيانى المروزى ، أبو محمد ، روى عن ابن المبارك ، وعنه البخارى . توفى سنة أربع وعشرين ومائتين . تهذيب التهذيب ١/٤٥٧ .

الشرح الكبير

على أنَّ الرجلَ إذَا وَطِئَ امرأةً بِنِكاحٍ فاسِدٍ أو شِراءٍ فاسِدٍ ، أنَّها تَحْرُمُ على أبِيه وابْنِه ، وأجْدادِه ووَلَدِ وَلَدِه . وهذا مذهبُ مالكٍ ، والأوْزاعِيِّ ، والشافعيِّ ، وأحمدَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّه وَطْءٌ يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فأثْبَتَ التَّحْرِيمَ ، كالوَطْءِ المُباحِ . ولا يَصِيرُ به الرجلُ مَحْرَمًا لمَن حَرُمَتْ عليه ، ولا يُباحُ له النَّظَرُ إليها بذلك ؛ لأنَّ[1] الوَطْءَ ليس بمُباحٍ ، والمَحْرَمِيَّةُ تَتَعَلَّقُ بكَمالِ حُرْمَةِ الوَطْءِ ؛ لأنَّها إباحَةٌ ، ولأنَّ المَوْطُوءَةَ لم يَسْتَبِحِ النَّظَرَ إليها ، فلأنْ لا يَسْتَبِيحَ النَّظَرَ إلى غيرِها به[2] أوْلَى . الثالثُ ، الحَرامُ المَحْضُ ، وهو الزِّنَى ، فيَثْبُتُ به التَّحْرِيمُ ، على الخِلافِ المذكورِ ، ولا تَثْبُتُ به المَحْرَمِيَّةُ ، ولا إباحَةُ النَّظَرِ ؛ لأنَّها إذا لم تَثْبُتْ بوَطْءِ الشُّبْهَةِ ، فبالحَرامِ المَحْضِ أوْلَى ، ولا يَثْبُتُ به النَّسَبُ ، ولا يَجِبُ به المَهْرُ للمُطاوِعَةِ إذا كانت حُرَّةً .

الإنصاف

بالحَلالِ[3] على ظاهِرِ الآيَةِ[4] ، والحَرامُ مُباينٌ للحَلالِ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : الوَطْءُ الحَرامُ لا يَنْشُرُ تحْريمَ المُصاهَرَةِ . واعْتَبرَ فى مَوْضِعٍ آخرَ التَّوْبَةَ حتى فى اللِّواطِ ، وحرَّم بِنْتَه مِنَ الزِّنَى ، وقال : إنْ وَطِئَ بِنْتَه غَلَطًا لا يَنْشُرُ ؛ لكَوْنِه لم يتَّخِذْها زَوْجَةً ، ولم يُعْلِنْ نِكاحًا .

---

(١) فى م : « و » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل ، ط : « الحلال » .

(٤) سورة النساء ٢٣ .

المقنع

فَإِنْ كَانَتِ الْمَوْطُوءَةُ مَيِّتَةً أَوْ صَغِيرَةً ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ....

الشرح الكبير

فصل : ويَسْتَوِى فى ذلك الوَطْءُ فى القُبُلِ والدُّبُرِ ؛ لأنَّه يَتَعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ إذا وُجِدَ فى الزَّوْجَةِ والأَمَةِ ، فكذلك فى الزِّنَى .

٣١٣٨ – مسألة : (فإن كانتِ المَوْطُوءَةُ مَيِّتَةً أو صَغِيرَةً) لا يُوطَأُ مِثْلُها (فعلى وَجْهَيْن) أحَدُهما ، أنَّ وَطْءَ [١١٣/٦و] المَيِّتَةِ يَنْشُرُ[1] الحُرْمَةَ ؛ لأنَّه مَعْنًى يَنْشُرُ الحُرْمَةَ المُؤَبَّدَةَ ، فلم يَخْتَصَّ بالحَياةِ ، كالرَّضاعِ . والثانى ، لا يَنْشُرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّه ليس بسَبَبٍ للبَضْعِيَّةِ ، ولأنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ باسْتِيفاءِ مَنْفَعَةِ الوَطْءِ ،

الإنصاف

تنبيه : شَمِلَ قوْلُه : الحَرامِ . الوَطْءَ فى قُبُلِها ودُبُرِها . وهو كذلك . قالَه الأصحابُ ، كما تقدَّم . فلو زَنَى بامْرَأةٍ ، حرُمَتْ على أبِيه وابْنِه ، وحرُمَتْ عليه أُمُّها وابْنَتُها [٢١/٣ظ] كوَطْءِ الحَلالِ والشُّبْهَةِ . ولو وَطِئَ أُمَّ امْرَأتِه أو ابْنَتَها ، حرُمَتْ عليه امْرَأتُه . نصَّ عليه . ولكِنْ[2] لا يُثْبِتُ مَحْرَمِيَّةً ، ولا إباحَةَ النَّظَرِ .

قوله : فإنْ كانَت المَوْطُوءَةُ مَيِّتَةً أَوْ صَغِيرَةً ، فعلى وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « تَجْرِيدِ العِنايَةِ » ؛ أحدُهما ، لا يثْبُتُ التَّحْرِيمُ بذلك . وهو المذهبُ . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

---

(١) فى الأصل : « يثبت » .
(٢) فى ط : « وقيل » .

المقنع وَإِنْ بَاشَرَ امْرَأَةً أَوْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِهَا ، أَوْ خَلَا بِهَا لِشَهْوَةٍ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ،......................................

الشرح الكبير والموتُ يُبْطِلُ المَنافِعَ . وأمَّا الرَّضاعُ ، فيُحَرِّمُ ؛ لِما[1] يَحْصُلُ به مِن إنْباتِ اللَّحْمِ وإنْشازِ العَظْمِ ، وهذا يَحْصُلُ مِن لَبَنِ المَيِّتَةِ . وفى وَطْءِ الصغيرةِ أيضًا وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَنْشُرُ . وهو قولُ أبى يُوسُفَ ؛ لأنَّه وَطْءٌ لآدَمِيَّةٍ حَيَّةٍ فى القُبُلِ ، أشْبَهَ وَطْءَ الكبيرةِ[2] . والثانى ، لا يَنْشُرُها . وهو قولُ أبى حنيفةَ ؛ لأنه ليس بسَبَبٍ للبَضْعِيَّةِ[3] ، أشْبَهَ وَطْءَ المَيِّتَةِ .

٣١٣٩ – مسألة : (وإن باشَرَ امرأةً ، أو نَظَر إلى فَرْجِها ، أو خَلَا بها لشَهْوَةٍ ، فعلى رِوايَتَيْن) إذا باشَرَ فيما دونَ الفَرْجِ لغيرِ شَهْوةٍ ، لم يَنْشُرِ

الإنصاف وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وقالَه القاضى فى « خِلافِه » ، فى وَطْءِ الصَّغِيرَةِ ، وقال : هو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وصحَّحَه الزَّرْكَشِىُّ فى الصَّغِيرَةِ . والوَجْهُ الثانى ، يثْبُتُ به التَّحْرِيمُ . وقالَه القاضى فى « الجامعِ » ، فى الصَّغِيرَةِ . وهو ظاهِرُ ماجزَم به فى « المُنَوِّرِ » فيهما[4] .

تنبيه : مُرادُه بالصَّغِيرَةِ ، الصَّغِيرَةُ التى لايُوطَأُ مِثْلُها . قالَه الأصحابُ .

قوله : وإنْ باشَرَ امْرَأَةً ، أو نظَر إلى فَرْجِها ، أو خَلا بها لشَهْوَةٍ – (٥ يعْنِى ، فى الحَرامِ ، أو لمَسَها بشَهْوَةٍ ٥) – فعلى رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى م : « ما » .
(٢) فى م : « الكبير » .
(٣) فى الأصل : « للبعضية » .
(٤) فى الأصل ، ا : « فيها » .
(٥ – ٥) سقط من : ط .

الشرح الكبير

الحُرْمَةَ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وإن كان لشهوةٍ ، وكان فى أجْنَبِيَّةٍ ، لم يَنْشُرِ الحُرْمَةَ أيضًا . قال الجُوزْجانِىُّ : سأَلْتُ أحمدَ عن رجلٍ نَظَر إلى أُمِّ امْرَأَتِه مِن شهوةٍ ، أو قَبَّلَها ، أو باشَرها . فقال : أنا أقولُ : لا يُحَرِّمُه شىءٌ مِن ذلك إلَّا الجماعُ . وكذلك نَقَل أحمدُ بنُ القاسمِ ، وإسحاقُ بنُ منصورٍ . وإن كانتِ المُباشَرَةُ لامرأةٍ مُحَلَّلَةٍ له ، كامرأتِه ومَمْلوكَتِه ، لم تَحْرُمْ عليه ابْنَتُها . قال ابنُ عباسٍ : لا يُحَرِّمُ الرَّبِيبَةَ إلَّا الجماعُ[1] . وبه قال طاوُسٌ ، وعمرُو بنُ دِينارٍ ؛ لأنَّ اللهَ تعالى قال : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وهذا ليس بدُخُولٍ ، فلا يُتْرَكُ النَّصُّ الصريحُ مِن أجْلِه . وأمَّا تَحْرِيمُ أُمِّها ، وتَحْرِيمُها على أبى الرجلِ المباشِرِ لها ، وابنِه ، فإنَّها فى النِّكاحِ تَحْرُمُ بمُجَرَّدِ العَقْدِ قبلَ المباشَرَةِ ، فلا يَظْهَرُ للمُباشَرَةِ أثَرٌ . وأمَّا الأمَةُ ، فمتى باشَرَها دُونَ الفَرْجِ لشَهْوَةٍ ، فهل يَثْبُتُ تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ؟ فيه رِوايَتان ؛ إحدَاهما ، يَنْشُرُها . رُوِىَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وابنِ عَمْرٍو ، ومَسْرُوقٍ . وبه قال القاسمُ ، والحسنُ ، ومكحولٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والشَّعْبِىُّ ، ومالكٌ ، والأَوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، وعلىُّ بنُ المَدِينِىِّ . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّه نَوْعُ اسْتِمْتاعٍ ، فيَتَعَلَّقُ به

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فيما إذا [2]باشَرَ الأمَةَ[2] لِشَهْوَةٍ ، أو نظَر إلى فَرْجِها لِشَهْوَةٍ . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، فى القُبْلَةِ ،

(١) أخرج نحوه سعيد بن منصور ، فى : سننه ١/٢٣٤ .
(٢ - ٢) فى الأصل : « باشرها » .

الشرح الكبير

تَحْرِيمُ المُصاهَرَةِ ، كالوَطْءِ . والثانيةُ ، لا يَثْبُتُ بها التَّحْرِيمُ ؛ لأنَّها مُلامَسَةٌ لا تُوجِبُ الغُسْلَ ، فلم يَثْبُتْ بها التَّحْرِيمُ ، كما لو لم تَكُنْ لشَهْوةٍ[1] ، ولأنَّ ثُبوتَ التَّحريمِ إمَّا أن يكونَ بنَصٍّ أو قِياسٍ على المَنْصُوصِ ، ولا نَصَّ فى هذا ، ولا هو فى معنى المنْصوصِ عليه ولا المُجْمَعِ عليه ، فإنَّ الوَطْءَ يَتَعَلَّقُ به مِن الأحْكامِ اسْتِقْرارُ المَهْرِ ، والإِحْصانُ ، والاغْتِسالُ ، والعِدَّةُ ، وإفْسادُ الإِحْرامِ والصِّيامِ ، بخِلافِ اللَّمْسِ . وذَكَر أصحابُنا الرِّوايَتَيْن فى جميعِ الصُّوَرِ مِن غيرِ تَفْصِيلٍ . قال شيخُنا[2] : وهذا الذى ذَكَرْنا أقْرَبُ إلى الصَّوابِ ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : ومَنْ نَظَر إلى فَرْجِ امرأةٍ لشَهْوةٍ فهو كَلَمْسِها لشهوةٍ ، فيه

الإنصاف

واللَّمْسِ بشَهْوَةٍ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ . [3]وقطَع فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، بعَدَمِ التَّحْريمِ فيما إذا باشَرَ حُرَّةً ، وقالا : وذكَر أصحابُنا فى جميعِ الصُّوَرِ الرِّوايتَيْن مِن غيرِ تَفْصِيلٍ . والتَّفْصِيلُ أقْرَبُ إلى الصَّوابِ ، إنْ شاءَ اللهُ تعالَى[3] ؛ إحْداهما ، لا ينْشُرُ الحُرْمَةَ . وهو المذهبُ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : لم ينْشُرْ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والصَّحيحُ أنَّ الخَلْوَةَ بالمَرْأةِ لا تنْشُرُ الحُرْمَةَ . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، تُنْشَرُ الحُرْمَةُ بذلك .

تنبيه : مفْهومُ قولِه : أو نظَر إلى فَرْجِها . أنَّه لو نظَر إلى غيرِه مِن بَدَنِها لشَهْوَةٍ لا ينْشُرُ الحُرْمَةَ . وهو صَحيحٌ . وهو المذهبُ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وعنه ،

(1) فى م : « شهوة » .
(2) فى : المغنى ٩/٥٣٢ .
(3 - 3) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

أيضًا رِوايَتان ؛ إحْدَاهما ، يَنْشُرُ الحُرْمَةَ فى مَوْضِعٍ يَنْشُرُها اللَّمْسُ . رُوِىَ عن عمرَ ، وابنِ عمرَ ، وعامرِ بنِ رَبيعَةَ[1] ، وكان [٦/١١٣ظ] بَدْرِيًّا ، وعبدِ اللهِ بنِ عمرٍو ، فى مَن يَشْتَرِى الخادِمَ ، ثم يُجَرِّدُها أو يُقَبِّلُها ، لا يَحِلُّ لابنِه[2] وَطْؤُها . وهو قولُ القاسمِ ، والحسنِ ، ومجاهدٍ ، ومكحولٍ ، وحمادِ بنِ أبى سليمانَ ، وأبى حنيفةَ ؛ لِما رَوَى عبدُ اللهِ بنُ مسعودٍ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرَأةٍ لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُمُّها وَبِنْتُها »[3] . وفى رِوَايةٍ : « لا يَنْظُرُ اللهُ إلى رَجُلٍ نَظَرَ إلى فَرْجِ امْرَأةٍ وابْنَتِها »[3] . والثانيةُ ، لا يَتَعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ . وهو قولُ الشافعىِّ ، وأكثرِ أهلِ العلمِ ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّه نَظَرٌ مِن غيرِ مُباشَرَةٍ ، فلم يُوجِبِ التَّحْرِيمَ ، كالنَّظَرِ إلى الوَجْهِ ، والخَبَرُ ضعيفٌ . قاله الدَّارَقُطْنِىُّ . وقيل : هو موقوفٌ على ابنِ مسعودٍ . ثم يَحْتَمِلُ أنَّه كَنَى بذلك عن الوَطْءِ . وأمَّا النَّظَرُ إلى سائرِ البَدَنِ ، فلا يَنْشُرُ حُرْمَةً . وقال بعضُ أصحابِنا : لا فَرْقَ بينَ النظرِ إلى الفَرْجِ وسائرِ البَدَنِ

الإنصاف

يَنْشُرُ . ذكَرَه أبو الحُسَيْنِ ، ونقَلَه المَيْمُونِىُّ ، وابنُ هانِئٍ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وقال بعضُ أصحابِنا : لا فَرْقَ بينَ النَّظَرِ إلى الفَرْجِ وسائرِ البَدَنِ لشَهْوَةٍ . والصَّحيحُ خِلافُ ذلك ، ثم قالا : لا خِلافَ نعْلَمُه فى أنَّ النَّظَرَ إلى الوَجْهِ لا يُثْبِتُ

---

(١) فى م : « زمعة » .

(٢) فى النسختين : « لأبيه » . وانظر ما أخرجه ابن أبى شيبة عنهم ، فى : المصنف ٤/١٦٣ ، ١٦٤ . وما أخرجه عبد الرزاق ، عن عمر وعامر بن ربيعة ، فى : المصنف ٦/٢٨٠ ، ٢٨١ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٨٨ .

الشرح الكبير

لشَهْوةٍ . والصحيحُ خِلافُ هذا ، فإنَّ غيرَ الفَرْجِ لا يُقاسُ عليه ؛ لِما بينَهما مِن الفَرْقِ . ولا خِلافَ نَعْلَمُه فى أنَّ النَّظَرَ إلى الوَجْهِ لا يُثْبِتُ الحُرْمَةَ ، فكذلك غيرُه ، ولا خِلافَ أيضًا فى[1] أنَّ النَّظَرَ إذا وَقَع مِن غيرِ شَهْوَةٍ لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ ؛ لأنَّ اللَّمْسَ الذى هو أبْلَغُ منه ، لا يُؤَثِّرُ إذا لم يَكُنْ لشهوةٍ ، فالنَّظَرُ أَوْلَى . ومَوْضِعُ الخِلافِ فى اللَّمْسِ والنَّظَرِ فى مَن بَلَغَتْ تِسْعَ سنينَ فما زادَ ، فأمَّا الطِّفْلَةُ فلا يَثْبُتُ فيها ذلك . وقد رُوِىَ عن أحمدَ فى بِنْتِ سَبْعٍ : إذا قَبَّلَها حَرُمتْ عليه[1] أُمُّها . قال القاضى : هذا عندى مَحْمولٌ على السِّنِّ الذى تُوجَدُ معه الشَّهْوةُ .

فصل : فإن نَظَرَتِ المرأةُ إلى فَرْجِ رجلٍ لشَهْوَةٍ ، فحكمُه فى التَّحْريمِ حكمُ نَظَرِه إليها . نَصَّ عليه أحمدُ ؛ لأنَّه مَعْنًى يُوجِبُ التَّحْرِيمَ ، فاسْتَوَى فيه الرجلُ والمرأةُ ، كالجِماعِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ حكمُ لَمْسِها له وقُبْلَتِها إيّاه لشَهْوَةٍ ؛ لِما ذَكَرْنا .

فصل : والصَّحيحُ أنَّ الخَلْوَةَ بالمرأةِ لا تَنْشُرُ الحُرْمَةَ . وقد رُوِىَ عن أحمدَ : إذا خَلَا بالمرأةِ وَجَب الصَّداقُ والعِدَّةُ ، ولا يَحِلُّ له أن يَتزَوَّجَ أُمَّها وابْنَتَها . قال القاضى : هذا مَحْمُولٌ على أنَّه حَصَل مع الخَلْوَةِ مُباشَرَةٌ .

الإنصاف

الحُرْمَةَ .

فائدة : حُكْمُ مُباشَرَةِ المَرْأَةِ للرَّجُلِ ، أو نظَرِها إلى فَرْجِه ، أو خَلْوَتِها به لشَهْوَةٍ ، حُكْمُ الرَّجُلِ على ما تقدَّم ، خِلافًا ومذهبًا .

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ تلَوَّطَ بِغُلَامٍ ، حَرُمَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أُمُّ الْآخَرِ وَابْنَتُهُ . وَعِنْدَ أَبِى الْخَطَّابِ ، هُوَ كَالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ . وَهُوَ الصَّحِيحُ .

الشرح الكبير

فيُخَرَّجُ كلامُه على إحْدَى الرِّوايَتَيْن اللَّتَيْن ذَكَرْناهما ، فأمَّا مع خُلُوِّهِ مِن ذلك ، فلا يُؤَثِّرُ فى تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ ؛ لِما فى ذلك مِن مُخالَفَةِ قولِه تعالى : ﴿ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ . وأمَّا الخَلْوَةُ بأَجْنَبِيَّةٍ أو أمَتِه ، فلا تَنْشُرُ تَحْرِيمًا . لا نَعْلَمُ فى ذلك خِلافًا .

٣١٤٠ – مسألة : (ومَن تَلَوَّطَ بغُلامٍ ، حَرُمَ على كلِّ واحدٍ منهما أُمُّ الآخَرِ وابْنَتُه) قاله بعضُ أصحابِنا ، قال : ونَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ الأوْزَاعِىِّ ؛ لأنَّه وَطْءٌ فى الفَرْجِ ، فنَشَرَ الحُرْمَةَ ، كوَطْءِ المرأةِ ، ولأنَّها بِنْتُ مَن وَطِئَه أو أُمُّه ، فحَرُمَتا عليه ، كما لو كانتِ المَوْطُوءَةُ أُنْثَى . وقال أبو الخَطَّابِ : يكونُ ذلك[1] كالمُباشَرَةِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، فيكونُ فيه

الإنصاف

قوله : وإنْ تَلَوَّطَ بغُلامٍ ، حَرُمَ على كُلِّ واحِدٍ منهما أُمُّ الآخَرِ وابْنَتُه . يعْنِى ، أنَّه يحْرُمُ باللِّواطِ ما يحْرُمُ بوَطْءِ المَرْأَةِ . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » : [2]هذا قولُ أصحابِنا . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ »[2] ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وعندَ أبِى الخَطَّابِ ، هو كالوَطْءِ دُونَ الفَرْجِ . يعْنِى ، كالمُباشَرَةِ دُونَ الفَرْجِ ، على ماتقدَّم مِنَ الخِلافِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

الرِّوايَتان . والصحيحُ أنَّ هذا لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ[1] ، فإنَّ هؤلاء غيرُ مَنْصُوصٍ عليهنَّ فى التَّحْريمِ ، فيَدْخُلْن فى عُمومِ قوله تعالى : [٦/١٤١و] ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّهنَّ غيرُ مَنْصوصٍ عليهنَّ ، ولا هنَّ فى معنى المَنْصُوصِ عليه ، فوَجَبَ أن لا يَثْبُتَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ فيهِنَّ ، فإنَّ المَنْصُوصَ عليهنَّ فى هذا حَلائِلُ الأبْناءِ ومَن نَكَحَهُنَّ الآباءُ ، وأمهاتُ النساءِ وبناتُهُنَّ ، وليس هؤلاءِ منهنَّ ، ولا فى مَعْناهُنَّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ فى المرأةِ يكونُ سَبَبًا للبَعْضِيَّةِ ، ويُوجِبُ المَهْرَ ، ويَلْحَقُ به النَّسَبُ ، وتَصِيرُ به المرأةُ فِرَاشًا ، ويُثْبِتُ أحكامًا لا يُثْبِتُها اللِّواطُ ، فلا يَجُوزُ إلْحاقُه بهنَّ ؛ لعَدَمِ العِلَّةِ ، وانْقِطاعِ الشَّبَهِ ، ولذلك لو أرْضَعَ الرجلُ طِفْلًا ، لم يَثْبُتْ به حُكْمُ التَّحْرِيمِ ، فهـٰهُنا أوْلَى . وإن قُدِّرَ بينَهما شَبَهٌ مِن وَجْهٍ ضَعِيفٍ ، فلا يجوزُ تَخْصِيصُ عُمومِ الكتابِ به ، واطِّرَاحُ النَّصِّ بمِثْلِه .

الإنصاف

قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » : اخْتارَه جماعَةٌ . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : المَنْصُوصُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ : فى مَسْألَةِ التَّلَوُّطِ ؛ أنَّ الفاعِلَ لا يتزَوَّجُ بِنْتَ المَفْعولِ فيه ولا أُمَّه . قال : وهو قِياسٌ جيِّدٌ . قال : فأمَّا[2] تزَوُّجُ المَفْعولِ فيه بأُمِّ الفاعِلِ ، ففيه نظَرٌ ، ولم يَنُصَّ عليه . قال ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » : وقيل : لا ينْشُرُ الحُرْمَةَ ألْبَتَّةَ . وهو أشْبَهُ . انتهى .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ دَواعِيَ اللِّواطِ ليستْ كاللِّواطِ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ البَنَّا ،

---

(١) بعده فى الأصل : « فيهن » .

(٢) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير

فصل : ويَحْرُمُ على الرجلِ نِكاحُ بِنْتِه مِن الزِّنَى ، وأُخْتِه ، وبِنْتِ ابْنِه ، وبنتِ بِنْتِه ، وبنتِ أخِيه[1] وأُخْتِه مِن الزِّنَى ، فى قولِ عامَّةِ الفُقَهاءِ . وقال مالكٌ ، والشافعىُّ فى المشهورِ مِن مَذْهَبِه : يجوزُ ذلِك[2] ؛ لأنَّها أجْنَبيَّةٌ منه ، لا تُنْسَبُ إليه شَرْعًا ، ولا يَجْرِى التَّوارُثُ بينَهما ، ولا تَعْتِقُ عليه إذا مَلَكَها ، ولا تَلْزَمُه نَفَقَتُها ، فلم تَحْرُمْ عليه ، كسائِرِ الأجانبِ . ولَنا ، قولُه تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾ . وهذه بِنْتُه ، فإنَّها أُنْثَى[3] مَخْلُوقَةٌ مِن مائِه ، وهذه حقيقةٌ لا تَخْتَلِفُ بالحِلِّ والحُرْمَةِ ، و[4]يَدُلُّ على ذلك قولُ النبىِّ ﷺ فى امرأةِ هِلَالِ بن أُمَيَّة[5] : « انْظُرُوهُ » يَعْنِى وَلَدَها « فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كذا فَهُوَ لشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ » . يعنى الزَّانِىَ[6] . ولأنَّها مخلوقةٌ مِن مائِه ، فأشْبَهَتِ المخلوقةَ مِن وَطْءِ الشُّبْهَةِ ، ولأنَّها بَضْعَةٌ منه ، فلم تَحِلَّ له ، كبِنْتِه مِن النِّكاحِ ، وتَخَلُّفُ بعضِ الأحْكامِ لا يَنْفِى كَوْنَها بِنْتًا ، كما لو تَخَلَّفَ لرِقٍّ أو اخْتِلافِ دِينٍ . إذا ثَبَت هذا، فلا فَرْقَ بينَ عِلْمِه بكَوْنِها منه، مثلَ أن يَطَأَ امرأةً فى طُهْرٍ

الإنصاف

أنَّه كاللِّواطِ . وأطْلَقَهما فى « الرِّعايَةِ » .

فائدة : السِّحاقُ بينَ النِّساءِ لا يَنْشُرُ الحُرْمَةَ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ فى « مُفْرَداتِه »

(١) فى الأصل : « أخته » .
(٢) فى م : « له » .
(٣) سقط من : م .
(٤) فى م : « ومما » .
(٥) بعده فى الأصل : « الضمرى » .
(٦) تقدم تخريجه فى ٣٣٨/١٦ .

المقنع الْقِسْمُ الرَّابِعُ ، الْمُلَاعِنَةُ تَحْرُمُ عَلَى الْمُلَاعِنِ عَلَى التَّأْبِيدِ ، إِلَّا أَنْ يُكْذِبَ نَفْسَهُ ، فَهَلْ تَحِلُّ له ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير لم يُصِبْها فيه غيرُه، ثم يَحْفَظَها حتى تَضَعَ، أو يَشْتَرِكَ جماعةٌ فى وَطْءِ امرأةٍ ، فتَأْتِىَ بوَلَدٍ لا يُعْلَمُ هل هو منه أو مِن غيرِه ؟ فإنَّها تَحْرُمُ على جميعِهم لوَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّها بِنْتُ مَوْطُوءَتِهم . والثانى ، أنّا نَعْلَمُ أنَّها بِنتُ بَعْضِهم ، فتَحْرُمُ على الجميعِ ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيّان و لم يُعْلَمِ السَّابِقُ منهما . وتَحْرُمُ على أولادِهم ؛ لأنَّها أختُ[1] بعْضِهم غيرَ معلومٍ ، فإن ألحَقَتْها القافةُ بأحَدِهم ، حَلَّتْ لأولادِ الباقِين .

(القسمُ الرابعُ ، المُلَاعِنَةُ ، تَحْرُمُ على المُلاعِنِ على التَّأْبِيدِ) أمَّا إذا لم يُكْذِبْ نَفْسَه ، فلا نَعْلَمُ أحدًا قال بخِلافِ ذلك إلَّا قولًا شاذًّا ، فإن

الإنصاف محَلُّ وِفاقٍ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمه اللهُ : قِياسُ النُّصوصِ فى اللِّواطِ ، أنَّه يُخَرَّجُ على الرِّوايتَيْن فى مُباشَرَةِ الرَّجُلِ الرَّجُلَ لشَهْوَةٍ .

قوله : القِسْمُ الرَّابِعُ ، المُلاعِنَةُ تحْرُمُ على المُلاعِنِ على التَّأْبيدِ ، إلَّا أنْ يُكْذِبَ نَفْسَه ، فهل تحِلُّ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ؛ إحْداهما ، لا تحِلُّ ، بل تحْرُمُ على التَّأْبيدِ . وهو المذهبُ . نقَلَها الجماعَةُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وعليه [٢٢/٣و] جماهِيرُ الأصحابِ . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه المُصَنِّفُ فى هذا الكِتابِ ، فى بابِ اللِّعانِ . قال الشَّارِحُ : المَشْهورُ فى المذهبِ ، أنَّها باقِيَةٌ على التَّحْريمِ المُؤَبَّدِ ، والعَمَلُ عليها .

---

(١) فى م : « ابنة » .

الشرح الكبير

أكْذَبَ نَفْسَه ، فالمَشْهُورُ فى المذهبِ أنَّها بَاقِيَةٌ على التَّحْرِيمِ المُؤَبَّدِ . وعن أحمدَ رِوايةٌ شاذَّةٌ ، أنَّها تَحِلُّ له ، وتَعُودُ فِراشًا له ، إذَا لم يَكُنْ وُجِدَ منه ما يُبِينُها[1] ؛ لأنَّه رَجَع عن المَعْنَى المُحَرِّمِ ، فزَالَ التَّحْرِيمُ ، ولذلك

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » فى بابِ اللِّعانِ ، وقدَّمه فى « الفُروعِ » أيضًا . والرِّوايةُ الثَّانية ، تُباحُ له . قالَه ابنُ رَزِينٍ . وهو أظْهَرُ . قال الشَّارِحُ هنا وفى بابِ اللِّعانِ : وهذه الرِّوايَةُ شَذَّ بها حَنْبَلٌ عن أصحابِه . قال أبو بَكْرٍ : لا نَعْلَمُ أحدًا رَواها غيرَه . قال المُصَنِّفُ : يَنْبَغِى أنْ تُحْمَلَ هذه الرِّوايَةُ على ما إذا لم يُفَرِّقِ الحاكِمُ بينَهما ، فأمَّا إنْ فرَّق بينَهما ، فلا وَجْهَ لبَقاءِ النِّكاحِ بحالِه . انتهى . وعنه ، تُباحُ[2] بنِكاحٍ جَديدٍ ، أو مِلْكِ يَمِينٍ ، إنْ كانتْ أَمَةً . ويأْتِى هذا فى اللِّعانِ أيضًا مُسْتَوْفًى ، فليُراجَعْ . [3]فعلى المذهبِ ، لو وقَع اللِّعانُ بعدَ البَيْنُونَةِ ، أو فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، فهل يُفِيدُ التَّحْرِيمَ المُؤَبَّدَ ، أم لا ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . ذكَرُوه فى اللِّعانِ ؛ أحدُهما ، تحْرُمُ أيضًا على التَّأْبِيدِ . وهو الصَّحيحُ . قدَّمه فى « الكافِى » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَتأَبَّدُ التَّحْرِيمُ فى المَسْأَلَتَيْنِ . قدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه »[3] .

فائدة : ذكَر الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى كتابِ التَّحْليلِ ، أنَّ الرَّجُلَ إذا قتَل رَجُلًا لِيَتزَوَّجَ امْرَأَتَه ، أنَّها لا تحِلُّ له أبدًا . وسُئِلَ عن رَجُلٍ خَبَّث

---

(١) فى م : « يثبتها » .

(٢) فى الأصل : « تباع » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : الضَّرْبُ الثَّانِى ، الْمُحَرَّمَاتُ إِلَى أَمَدٍ ، وَهُنَّ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْمُحَرَّمَاتُ لِأَجْلِ الْجَمْعِ ، فَيَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ، ....

الشرح الكبير

يُحَدُّ ويَلْحَقُه نَسَبُ الوَلَدِ ، وهذه الرِّوايَةُ شَذَّ بها حَنْبَلٌ عن أصحابه ، وتَفَرَّدَ بها ، والعَمَلُ على الرِّوايَةِ الأُولَى ، وهذا يُذْكَرُ فى بابِ اللِّعَانِ مَبْسُوطًا ، إن شاء اللهُ تعالى .

[١١٤/٦ظ] **فصل** : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (الضَّرْبُ الثَّانِى ، المُحَرَّماتُ إلى أمَدٍ ، وهُنَّ نَوْعان ؛ أحدُها ، المُحَرَّماتُ لأجْلِ الجَمْعِ ، فيَحْرُمُ الجَمْعُ بينَ الأُخْتَيْن) سَواءٌ كَانَتَا مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ ، حُرَّتَيْن كانَتَا أو أمَتَيْن ، أو حُرَّةً وأَمَةً ، مِن أبَوَيْن كانتا أو مِن أَبٍ أو أُمٍّ ، وسَواءٌ

الإنصاف

امْرأةً على زَوْجِها حتى طَلُقَتْ ثم تزَوَّجها ؟ أجابَ : يُعاقَبُ مثْلُ هذا عُقوبَةً بَلِيغَةً ، والنِّكاحُ باطِلٌ فى أحَدِ قَوْلَىِ العُلَماءِ فى مذهبِ الإمامِ أحمدَ والإمامِ مالِكٍ وغيرِهما ، رَحِمَهم اللهُ ، ويجبُ التَّفْريقُ فيه .

فوائد ؛ إحْداها[1] ، إذا فسَخ الحاكِمُ نِكاحَه لعُنَّتِه ، أو عَيْبٍ فيه يُوجِبُ الفَسْخَ ، لم تَحْرُمْ على التَّأْبِيدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، ذكَرَه فى بابِ العُيوبِ . وعنه ، تَحْرُمُ على التَّأْبِيدِ ، كاللِّعانِ .

الثَّانيةُ ، قوْلُه : فيَحْرُمُ الجَمْعُ بينَ الأُخْتَيْن وبين المَرْأَةِ وعَمَّتِها ، أو خالَتِها .

---

(١) فى الأصل : « إحداهما » .

المقنع

وَبيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، ....

الشرح الكبير

فى هذا ما قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ؛ لعُمومِ قولِه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ .

٣١٤١ – مسألة : (و) يَحْرُمُ الجَمْعُ (بينَ المرأةِ وعَمَّتِها أو خالَتِها) قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهلُ العلمِ على القولِ به ، وليس فيه بحمدِ اللهِ اخْتِلافٌ ، إلَّا أنَّ بعضَ أهلِ البِدَعِ مِمَّن لا تُعَدُّ مُخالَفَتُه خِلافًا ، وهم الرَّافِضَةُ والخَوارِجُ ، لم يُحَرِّمُوا ذلك ، ولم يَقولُوا بالسُّنَّةِ الثَّابتَةِ عن رسولِ اللهِ ﷺ . وهى ما رَوَى أبو هُرَيْرَةَ قال : قال رسولُ اللهِ ﷺ : « لَا تَجْمَعُوا بَيْنَ المرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَلَا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا » . متفقٌ عليه[1] . وفى روايةٍ

الإنصاف

بلانِزاعٍ ، وسواءٌ كانت العَمَّةُ والخالَةُ حَقِيقَةً أو مجازًا ؛ كعَمَّاتِ آبائِها وخالاتِهم ، وعَمَّاتِ أُمَّهاتِها وخالاتِهِنَّ ، وإنْ علَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، ولو رَضِيَتا ، مِن نَسَبٍ أو رَضاعٍ . وخالَفَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى الرَّضاعِ ، فلم يُحَرِّمِ الجَمْعَ مع الرَّضاعِ . فعلى المذهبِ ، كلُّ شَخْصَيْن لا يجوزُ لأحَدِهما أنْ يتَزَوَّجَ الآخَرَ ، لو كان أحدُهما ذكَرًا ، والآخَرُ أُنْثَى ، لأجْلِ القَرابَةِ ، لايجوزُ الجمعُ بينَهما . قالَه الأصحابُ . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : خالُ أبيها[2] بمَنْزِلَةِ خالِها . وكذا

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٥/٧ . ومسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٨/٢ – ١٠٣٠ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب الجمع بين المرأة وعمتها ، وباب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧٩/٦ ، ٨١ . وابن ماجه ، فى : باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢١/١ . والدارمى ، فى : باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطب فيها ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٣٦/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٣٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٦٢/٢ ، ٤٦٥ ، ٥١٦ ، ٥٢٩ ، ٥٣٢ .

(٢) فى النسخ : « ابنها » . والمثبت من الفروع ١٩٩/٥ .

الشرح الكبير

أبى داودَ[1] : « لا تُنْكَحُ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا ، وَلَا العَمَّةُ عَلَى بِنْتِ أَخِيها[2] ، ولا المَرْأَةُ على خالَتِها ، ولا الخالَةُ على بِنْتِ أُخْتِها ، لا تُنْكَحُ الكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى ، ولا الصُّغْرَى على الكُبْرَى » . ولأنَّ العِلَّةَ فى تَحْرِيمِ الجَمْعِ بينَ الأُخْتَيْن إيقاعُ العَداوَةِ بينَ الأقارِبِ ، وإفْضاؤُه إلى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ المَحْرَمِ . فإنِ احْتَجُّوا بعُمُومِ قولِه سبحانَه : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . خَصَصْناه بما رَوَيْناه . وبَلَغَنا أنَّ رَجُلَيْن مِن الخَوارِجِ أَتَيا عمرَ بنَ عبدِ العزيزِ ، فكانَ مِمَّا أنْكَرا عليه رَجْمُ الزَّانِيَيْن ، والجمعُ بينَ المرأةِ وعَمَّتِها ، وبينَها[3] وبينَ خالَتِها ، وقالَا : ليس هذا فى كتابِ اللهِ تعالى . فقال لهما : كم فَرَضَ اللهُ عليكم مِن الصَّلاةِ[4] ؟ قالا :

الإنصاف

يحْرُمُ عليه الجَمْعُ بينَ عَمَّةٍ وخالَةٍ ؛ بأنْ ينْكِحَ امْرَأَةً وينْكِحَ ابنُه[5] أُمَّها ، فيُولَدَ لكُلٍّ واحدٍ منهما بِنْتٌ . ويحْرُمُ أيضًا الجَمْعُ بينَ خالتَيْن ؛ بأنْ ينْكِحَ كلُّ واحدٍ منهما ابنَةَ[6] الآخَرِ ، فيُولَدَ لكلِّ واحدٍ منهما بِنْتٌ . ويحْرُمُ أيضًا الجَمْعُ بينَ عَمَّتَيْن ، بأنْ ينْكِحَ كلُّ واحدٍ منهما أُمَّ الآخَرِ ، فيُولَدَ لكلِّ واحدٍ منهما بِنْتٌ . الثَّالثةُ ، لا يُكْرَهُ الجَمْعُ بين بِنْتَىْ عَمَّيْه أو عَمَّتَيْه ، أو ابْنَتَىْ خالَيْه أو خالَتَيْه ، أو بِنْتِ عَمِّه وبِنْتِ عَمَّتِه .

---

(1) فى : باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٦/١ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥٦/٥ ، ٥٧ .

(2) فى م : « أختها » .

(3) فى م : « بنتها » .

(4) فى الأصل : « الصلوات » .

(5) فى ط ، ا : « ابنة » .

(6) فى ا : « أم » .

الشرح الكبير

خَمْسَ صَلَوَاتٍ فى اليومِ والليلةِ . وسَأَلَهُما عن عَدَدِ رَكَعاتِها ، فأخْبَرَاه بذلك . وسألَهُما عن مِقْدَارِ الزَّكَاةِ ونُصُبِها ، فأخْبَرَاه . فقال : وأين تجِدَان ذلك فى كتابِ اللهِ ؟ قالا : لا نَجِدُه فى كتابِ اللهِ . قال : فَمِن أين صِرْتُما (١إلى ذلك١) ؟ فقالا : فَعَلَه رسولُ اللهِ ﷺ والمسلمون بعدَه . قال : فكذلك هذا . ولا فَرْقَ بينَ الخالَةِ والعَمَّةِ ، حقيقةً أو مَجازًا ، كعَمَّاتِ آبائِها وخالاتِهم ، وعَمَّاتِ أُمَّهاتِها وخَالَاتِهِنَّ ، وإن عَلَتْ دَرَجتُهُنَّ ، مِن نَسَبٍ كان ذلك أو رَضاعٍ ، فكُلُّ شَخْصَيْن لا يَجُوزُ لأحَدِهِما أن يَتَزَوَّجَ الآخَرَ ، لو كان أحَدُهما ذَكَرًا والآخَرُ أُنْثَى لأجْلِ القَرابَةِ ، لا يَجُوزُ الجَمْعُ بينَهما ؛ لتَأْدِيَةِ ذلك إلى قَطْعِ الرَّحِمِ القَرِيبَةِ ، لِما فى الطِّباعِ مِن التَّنافُسِ والغَيْرَةِ مِن الضَّرائرِ . ولا يجوزُ الجمعُ بينَ المرأةِ وأُمِّها فى العَقْدِ ؛ لِما ذَكَرْناه ، ولأنَّ الأُمَّ إلى ابْنَتِها أقْرَبُ مِن الأُخْتَيْن ، فإذا لم يُجْمَعْ بينَ الأُخْتَيْن ، فالمرأةُ وبِنْتُها أوْلَى .

الإنصاف

على الصَّحيحِ مِنَ المذهبَ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهما . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِه . كما لا يُكْرَهُ جَمْعُه بينَ مَن كانتْ زَوْجَةَ رَجُلٍ وبِنْتِه مِن غيرِها . وعنه ، يُكْرَهُ . جزَم به فى « الكافِى » ، فيكونُ هذا المذهبَ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وحرَّمه فى « الرَّوْضَةِ » ؛ قال : لأنَّه لا نَصَّ فيه ، ولكنْ يُكْرَهُ قِياسًا . يعْنِى ، على الأُخْتَيْن . قالَه فى « الفُروعِ » .. الرَّابعةُ ، لو تزَوَّجَ أُخْتَ زَيْدٍ مِن أبِيه ، وأُخْتَه مِن أُمِّه فى عَقْدٍ واحدٍ ، صحَّ . ذكرَه فى « الرِّعايَةِ » وغيرِه .

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع

فَإِنْ تَزَوَّجَهُمَا فِى عَقْدٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، ....

الشرح الكبير

فصل : ولا يَحْرُمُ الجمعُ بينَ ابْنَتَى العَمِّ ، وابْنَتَى الخالِ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ لعَدَمِ النَّصِّ فيهما بالتَّحْرِيمِ ، ودُخُولِهما فى عُمُومِ قولِه تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾ . ولأنَّ إحْدَاهما تَحِلُّ لها الأُخْرَى لو كانت ذَكَرًا . [٦/١١٥و] وفى كَراهَةِ ذلك رِوَايتان ؛ إحْدَاهما ، يُكْرَهُ . رُوِىَ ذلك عن ابنِ مسعودٍ . وبه قال جابرُ بنُ زيدٍ ، وعطاءٌ ، والحسنُ ، وسعيدُ بنُ عبدِ العزيزِ . ورَوَى أبو حفصٍ بإسنادِه عن عيسى بنِ طلحةَ قال : نَهَى رسولُ اللهِ ﷺ أن تُزَوَّجَ المرأةُ على ذى قَرابتِها ، مَخافَةَ القَطِيعَةِ[1] . ولأنَّه مُفْضٍ إلى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ المَأْمُورِ بصِلَتِها ، فأقَلُّ أحْوالِه الكَراهَةُ . والأُخْرَى ، لا يُكْرَهُ . وهو قولُ سليمَانَ بنِ يَسارٍ ، والشَّعْبِىِّ ، وحسنِ بنِ حسنٍ[2] ، والأوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ ، وأبى عُبَيْدٍ ؛ لأنَّه ليست بينَهما قَرابةٌ تُحَرِّمُ الجمعَ ، فلا يَقْتَضِى كَراهَةً ، كسائرِ الأقارِبِ .

٣١٤٢ - مسألة : (فإن جَمَع بينَهما فى عَقْدٍ) واحدٍ (لم يَصِحَّ)

الإنصاف

الخامسةُ ، لو كان لكُلِّ رَجُلٍ بِنْتٌ ، ووَطِئا أَمَةً ، فأُلْحِقَ وَلَدُها بهما ، فتزَوَّجَ رَجُلٌ بالأَمَةِ وبالبِنْتَيْن ، فقد تزَوَّجَ أُمَّ رَجُلٍ وأُخْتَيْه . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ ، واقْتصرَ عليه فى « الفُروعِ » . قلتُ : فيُعايَى بها ، وقد نظَمَها بعضُهم لُغْزًا .

قوله : وإنْ تزَوَّجَهما فى عَقْدٍ ، لم يصِحَّ . وكذا لو تزَوَّجَ خَمْسًا فى عَقْدٍ واحدٍ .

(١) وأخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/٢٦٣ . وأبو داود ، فى : المراسيل ١٤٢ . وانظر تلخيص الحبير ٣/١٦٨ .

(٢) هو الحسن بن الحسن بن على بن أبى طالب أبو محمد ، الإمام الهاشمى ، العلوى ، المدنى ، قليل الرواية والفتيا =

المقنع

وَإنْ تَزَوَّجَهُمَا فِى عَقْدَيْنِ ، أَوْ تَزَوَّجَ إحْدَاهُمَا فِى عِدَّةِ الْأُخْرَى ، سَوَاءٌ [٢٠٦و] كَانَتْ بَائِنًا أَوْ رَجْعِيَّةً ، فَنِكَاحُ الثَّانِيَةِ بَاطِلٌ .

الشرح الكبير

(١) إذا جَمَعَ(١) بَيْنَ الأُخْتَيْن فى عَقْدٍ واحدٍ(٢) ، أو جَمَعَ بينَ المرأةِ وعَمَّتِها أو خالَتِها فى عَقْدٍ ، فعَقَدَ(٣) عليهما معًا ، لم يَصِحَّ العَقْدُ فى واحدةٍ منهما ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ تَصْحيحُه فيهما ، ولا مَزِيَّةَ لأحَدِهما على الآخرِ(٤) ، فيَبْطُلُ فيهما ، كما لو زُوِّجَتِ المرأةُ لِرَجُلَيْن(٥) ، وكذا لو تَزَوَّجَ خَمْسًا فى عَقْدٍ واحدٍ ، بَطَل فى الجميعِ لذلك .

٣١٤٣ – مسألة : (وإن تَزَوَّجَهما فى عَقْدَيْن ، أو تَزَوَّجَ إحداهما فى عِدَّةِ الأُخْرَى ، سَواءٌ كانت بائِنًا أو رَجْعِيَّةً ، فنِكاحُ الثانيةِ باطِلٌ) أمّا

الإنصاف

وهذا المذهبُ فيهما ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ صالِحٍ ، وأبِى الحارِثِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، إذا تزَوَّجَ أُخْتَيْن فى عَقْدٍ ، يخْتارُ إحْداهما ، وتأَوَّلَه القاضى على أنَّه يخْتارُها بعَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ . وقال فى آخِرِ « القَواعِدِ » : وهو بعيدٌ . وخرَّج قوْلًا بالاقْتِراعِ .

قوله : وإنْ تزوَّجَهما فى عَقْدَين ، [٣/٢٢ظ] ، أو تزوَّجَ إحْداهما فى عِدَّةِ الأُخْرَى ، سَواءٌ كانَتْ بائنًا أو رَجْعِيَّةً ، فنِكاحُ الثَّانِيَةِ باطِلٌ . يعْنِى ، إذا كان يحْرُمُ

= مع صدقه وجلالته ، توفى سنة تسع وتسعين وقيل : فى سنة سبع وتسعين . سير أعلام النبلاء ٤/٤٨٣ – ٤٨٧ .

(١ – ١) فى الأصل : « يحرم الجمع » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « الأخرى » .

(٥) فى الأصل : « الرجلين » .

الشرح الكبير

إذا تَزَوَّجَهما فى عَقْدَيْن وعَلِمَ الأُولَى منهما[1] ، فَنِكاحُها[2] صَحِيحٌ ؛ لأنَّه لا جَمْعَ فيه ، ونِكاحُ الثَّانيةِ باطلٌ ؛ لأنَّ الجمعَ يَحْصُلُ به ، وبالعَقْدِ على الأُولَى تَحْرُمُ الثانيةُ ، فلا يَصِحُّ عَقْدُه عليها حتى تَبِينَ الأُولى وتَنْقَضِىَ عِدَّتُها .

فصل : فإنْ لم يَعْلَمْ أُولاهما ، فعليه فُرْقَتُهما معًا . قال أحمدُ ، فى رَجُلٍ تَزَوَّجَ أُختَيْن ، لا يَدْرِى أيَّتَهما تزَوَّجَ أولًا : يُفَرَّقُ بينَه وبينَهما ؛ لأنَّ إحْدَاهما مُحَرَّمَةٌ عليه ، ونِكاحُها باطلٌ ، ولا يَعْرِفُ المُحلَّلَةَ له ، فقد اشْتَبَها عليه ، ونِكاحُ إحْدَاهما صَحِيحٌ ، ولا تُتَيَقَّنُ بَيْنُونَتُها منه إلَّا بطَلاقِهما جميعًا أو فَسْخِ نِكاحِهما ، فوَجَبَ ذلك ، كما لو زَوَّجَ الوَلِيَّان و لم يُعْرَفِ الأَوَّلُ منهما . وإن أحَبَّ أن يُفارِقَ إحداهما ، ثم يُجَدِّدَ عَقْدَ الأُخْرَى ويُمْسِكَها ، فلا بَأْسَ ، وسَواءٌ فَعَل ذلك بقُرْعَةٍ أو بغيرِها ، ولا يَخْلُو مِن ثلاثةِ أقسامٍ ؛

الإنصاف

الجَمْعُ بينَهما . وهذا بلا نِزاعٍ . لكِنْ لو جُهِلَتِ الأُولَى ، فُسِخا على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدوسٍ » ، وقالا : بطَلا . قال ابنُ أبِى مُوسى : الصَّحيحُ بُطْلانُ النِّكاحَيْن . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و« الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، يُقْرَعُ بينَهما ؛ فمَن خرَجَتْ لها القُرْعَةُ ، فهى الأُولَى . قال فى « الرِّعايَةِ » ، مِن عندِه : قلتُ : فمَن قَرَعَتْ ، جدَّدَ عَقْدَها بإِذْنِها . فعلى المذهبِ ، يلْزَمُ أحدَهما نِصْفُ المَهْرِ ، يقْتَرِعان عليه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فنكاحه » .

الشرح الكبير

أحدُها ، أن لا يكونَ دَخَل بواحدةٍ منهما ، فله أن يَعْقِدَ على إحداهما فى الحالِ بعدَ فِراقِ الأُخْرَى . الثانى ، إذا دَخَل بإحداهما ، فإن أرادَ نِكاحَها فارَقَ التى لم يُصِبْها بطَلْقةٍ ، ثم تَرَك المُصابَةَ حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، ثم نَكَحَها ؛ لأنَّنا لا نَأْمَنُ أن تكونَ هى الثانيةَ ، فيكونَ قد أصابَها فى نِكاحٍ فاسِدٍ ، فلهذا اعْتَبَرْنا انْقِضاءَ عِدَّتِها . ويَحْتَمِلُ جَوازُ العَقْدِ عليها فى الحالِ ؛ لأنَّ النَّسَبَ لاحِقٌ به ، فلا يُصانُ ذلك عن مائِه . فإن أحَبَّ نِكاحَ الأُخْرَى ، فارَقَ المُصابَةَ بطَلْقَةٍ ، ثم انْتَظَرَها حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، ثم تَزَوَّجَ أُخْتَها . القسمُ الثالثُ ، إذا دَخَل بهما ، فليس له نِكاحُ واحدةٍ منهما حتى يُفارِقَ الأُخْرَى ، وتَنْقَضِىَ عَدَّتُها مِن حِينِ [٦/١١٥ظ] فُرْقَتِها ، وتَنْقَضِىَ عِدَّةُ الأُخْرَى مِن حِينَ أصابَها . وإن وَلَدَتْ منه[1] إحْدَاهما ، أو هما جميعًا ، فالنَّسَبُ [2]لاحِقٌ به[2] ؛ لأنَّه إمَّا مِن نِكاحٍ صحيحٍ أو نِكاحٍ فاسدٍ ، وكلاهما يَلْحَقُ النَّسَبُ فيه . وإن لم يُرِدْ نِكاحَ واحدةٍ منهما ، فارَقَهُما بِطَلْقَةٍ طَلْقةٍ .

فصل : فأمَّا المَهْرُ ، فإن لم يَدْخُلْ بواحدةٍ منهما ، فلإحْدَاهما نِصْفُ المَهْرِ ، ولا نَعْلَمُ مَن يَسْتَحِقُّه منهما ، فيَصْطَلِحان عليه ، فإن لم يَفْعَلَا ، أُقْرِعَ بينَهما ، فكانَ لمَن خَرَجَتْ قُرْعَتُها مع يَمِينِها . وقال أبو بكرٍ :

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » وغيرِهم . وذكَر ابنُ عَقِيلٍ رِوايةً ، لا يَلْزَمُه ؛ لأنَّه مُكْرَهٌ . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، فقال : اخْتِيارِى أنْ يسْقُطَ المَهْرُ ، إذا

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « لإخوته » .

المقنع وَإِنِ اشْتَرَى أُخْتَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ عَمَّتَهَا ، أَوْ خَالَتَهَا ، صَحَّ ، وَلَمْ يَحِلَّ

الشرح الكبير اخْتِيارى أن يَسْقُطَ المَهْرُ إذا كان مُجْبَرًا على الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ . وإن دَخَل بواحدةٍ منهما أُقْرِعَ بينَهما ، فإن وَقَعَتْ لغيرِ المُصابَةِ ، فلها نِصْفُ المَهْرِ ، وللمُصابةِ مَهْرُ المِثْلِ بما اسْتَحَلَّ مِن فَرْجِها ، وإن وَقَعَتْ على المُصابةِ ، فلا شيءَ للأُخْرَى ، وللمُصابَةِ المُسَمَّى جَمِيعُه . وإن أصابَهُما معًا[1] ، فلإِحْدَاهما المُسَمَّى ، وللأُخْرَى مَهْرُ المِثْلِ ، يُقْرَعُ بينَهما فيه إن قُلْنا : الواجِبُ فى النِّكاحِ الفاسِدِ مَهْرُ المِثْلِ . وإن قُلْنا بوُجُوبِ المُسَمَّى فيه ، وَجَب هٰهُنا لكلِّ واحدةٍ[2] منهما .

فصل : قال أحمدُ : إذا تزَوَّجَ امرأةً ، ثم تزَوَّجَ أُخْتَها ، ودَخَل بها[3] ، اعْتَزَلَ زَوْجَتَه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ الثَّانيةِ . إنَّما كان كذلك ؛ لأنَّه لو أرادَ العَقْدَ على أُخْتِها فى الحالِ ، لم يَجُزْ له حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ المَوْطُوءَةِ ، فكذلك[4] لا يَجُوزُ له وَطْءُ امرأتِه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّةُ أُخْتِها التى أصابَها .

٣١٤٤ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى أُخْتَ امرأتِه ، أو عَمَّتَها ، أو خالَتَها ، صَحَّ) لأنَّ الشِّراءَ يُرادُ للاسْتِمْتاعِ ولغيرِه ، ولذلك[5] صَحَّ

الإنصاف كان مُجْبَرًا على الطَّلاقِ قبلَ الدُّخولِ . قلتُ : فعلى الأوَّلِ ، يُعايَى بها ، إذا أُجْبِرَ على الطَّلاقِ .

(١) سقط من : م .
(٢) فى م : « واحد » .
(٣) بعده فى الأصل : « فى الحال » .
(٤) فى م : « فلذلك » .
(٥) فى م : « كذلك » .

المقنع

لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى يُطَلِّقَ امْرَأَتَهُ وَتَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا ، وَإِنِ اشْتَرَاهُنَّ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ ، صَحَّ ، ....

الشرح الكبير

شِراءُ مَن لا تَحِلُّ له ، كالمَجُوسِيَّةِ وأُخْتِه مِن الرَّضاعِ (ولا يَحِلُّ له وَطْؤُها حتى يُطَلِّقَ امرأتَه وتَنْقَضِىَ عِدَّتُها) لِئَلَّا يكونَ جامعًا بينَهما فى الفِراشِ ، أو جامعًا ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْن ، وذلك لا يَحِلُّ ؛ لِما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعْ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[1] .

٣١٤٥ - مسألة : (وإنِ اشْتَراهُنَّ فى عَقْدٍ واحِدٍ ، صَحَّ) لما ذَكَرْنا ، ولا نَعْلَمُ خِلافًا فى ذلك . ولو اشْتَرَى جارِيَةً ووَطِئَها ، حَلَّ له شِراءُ أُخْتِها وعَمَّتِها وخالَتِها ، وقد ذَكَرْناه . كما يَحِلُّ[2] له شِراءُ المُعْتَدَّةِ والمُزَوَّجَةِ ، مع أنَّها لا تَحِلُّ له .

٣١٤٦ - مسألة : وله وَطْءُ إحْداهُما ؛ لأنَّ الأُخْرَى لم تَصِرْ فِراشًا . وهذا قولُ أكْثَرِ أهلِ العلمِ . وقال الحكمُ ، وحَمّادٌ : لا يَقْرَبُ واحِدَةً منهما . ورُوِىَ ذلك عن النَّخَعِىِّ . وذَكَرَه أبو الخطابِ مذهبًا لأحمدَ . ولَنا ،

الإنصاف

قوله : وإنِ اشْتَراهُنَّ فى عَقْدٍ واحِدٍ ، صحَّ . يعْنِى ، لوِ اشْتَرَى أُخْتَيْن ، أو امْرَأَةً وعمَّتَها أو خالَتَها فى عَقْدٍ واحدٍ ، صحَّ .

---

(١) ذكر الحافظ أن ابن الجوزى ذكره بلفظ : « ملعون من جمع ماء فى رحم أختين » . قال الحافظ : لا أصل له باللفظين ، وقد ذكر ابن الجوزى اللفظ الثانى و لم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث . وقال ابن عبد الهادى : لم أجد له سندا بعد أن فتشت عليه فى كتب كثيرة . تلخيص الحبير ٣/١٦٦ ، ١٦٧ .

(٢) فى م : « لا يحل » .

الشرح الكبير أنَّه لم يَجْمَعْ بينَهما فى الفِراشِ ، فلم يَحْرُمْ[1] ، كما لو كان فى مِلْكِه إحْدَاهما وحْدَها .

فصل : وليس له الجَمْعُ بينَ الأُخْتَيْن مِن إمائِه فى الوَطْءِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى رِوايةِ الجماعةِ . وكَرِهَه عمرُ ، وعثمانُ ، وعلىٌّ ، وعمارٌ ، وابنُ عمرَ ، وابنُ مسعودٍ . ومِمَّن قال بتَحْرِيمِه ؛ (2عبدُ اللهِ [٦/١١٦و] بنُ عُتْبَةَ2) ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وطاوُسٌ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعىُّ . ورُوِىَ عن ابنِ عباسٍ أنَّه قال : أحَلَّتْهُما آيةٌ ، وحَرَّمَتْهُما آيةٌ ، و لم أكُنْ لأفْعَلَه . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ أيضًا[3] . يُرِيدُ بالمُحَرِّمَةِ قولَه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ . وبالمُحَلِّلَةِ قولَه تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾[4] . وروَى ابنُ منصورٍ عن أحمدَ ، وسأَلَه عن الجَمْعِ بينَ الأُخْتَيْنِ المَمْلُوكَتَيْن ، أحَرامٌ هو ؟ قال : لا (5أقولُ حَرامٌ ، ولكنْ يُنْهَى عنه . وظاهِرُ هذا أنَّه مَكْرُوهٌ غيرُ مُحَرَّمٍ . وقال داودُ ، وأهلُ الظاهرِ : لا5) يَحْرُمُ . اسْتِدْلالًا بالآيةِ المُحَلِّلةِ ؛ لأنَّ حُكْمَ الحَرائرِ فى الوَطْءِ مُخالِفٌ لحُكْمِ الإماءِ ، ولهذا تَحْرُمُ الزيادةُ على أرْبعٍ فى الحَرائرِ ، وتُباحُ فى الإمَاءِ بغيرِ حَصْرٍ . والمذهبُ تَحْرِيمُه ؛ للآيةِ المُحَرِّمَةِ ، فإنَّه يُرِيدُ بها الوَطْءَ والعَقْدَ جميعًا ، بدليلِ أنَّ سائرَ المَذْكوراتِ

الإنصاف ....

(١) فى م : « يجز » .

(٢ - ٢) فى : المغنى ٥٣٨/٩ : « عبيد الله بن عبد الله بن عتبة » .

(٣) أخرجه عنهما البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٦٤/٧ .

(٤) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

المقنع

فَإِنْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ الْأُخْرَى حَتَّى يُحَرِّمَ عَلَى نَفْسِهِ الْأُولَى بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ ، وَيَعْلَمَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ .

الشرح الكبير

فى الآيةِ يَحْرُمُ وَطْؤُهُنَّ والعقدُ عليهنَّ ، وآيةُ الحِلِّ مَخْصُوصَةٌ بالمُحَرَّماتِ جميعِهِنَّ ، وهذه منهُنَّ ، ولأنَّها امرأةٌ صارت فِراشًا ، فحَرُمَتْ أُخْتُها ، كالزَّوْجَةِ .

٣١٤٧ – مسألة : (فإنْ وَطِئَ إحْدَاهُما ، فليس له وَطْءُ الأُخْرَى حتى يُحَرِّمَ المَوْطوءَةَ على نَفْسِه بإخْرَاجٍ عن مِلْكِه أو تَزْوِيجٍ) هذا قولُ علىٍّ ، وابنِ عمرَ ، والحسنِ ، والأوْزاعِىِّ ، وإسحاقَ ، والشافعىِّ . فإن رَهَنَها ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها ؛ لأنَّ مَنْعَه مِن وَطْئِها لحَقِّ المُرْتَهِنِ لا لتَحْرِيمِها ، ولهذا يَحِلُّ له بإذْنِ المُرْتَهِنِ فيه ، ولأنَّه يَقْدِرُ على فَكِّها متى شاءَ واسْتِرْجاعِها إليه . وقال قتادةُ : إنِ اسْتَبْرَأَها ، حَلَّتْ له أُخْتُها ؛ لأنَّه قد زالَ فِراشُه ، ولهذا لو أتَتْ بوَلَدٍ ، فنَفَاه بدَعْوَى الاسْتِبْراءِ انْتَفَى ، فأشْبَهَ ما لو زَوَّجَها . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، وابنِ عمرَ ، ولأنَّه لم يَزُلْ مِلْكُه عنها ، ولا حِلُّها له ، فأشْبَهَ ما لو وُطِئَتْ بشُبْهَةٍ فاسْتَبْرَأَها مِن ذلك الوَطْءِ ، ولأنَّ

الإنصاف

وقوله : فإنْ وَطِئَ إحْداهما ، لم تحِلَّ له الأخْرَى حتى يُحَرِّمَ على نَفْسِه الأُولَى . هو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، ليسَ بحَرامٍ ولكِنْ يُنْهَى عنه . أثْبَتَها القاضى ، وجماعةٌ مِن أصحابِه ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وابنُ حَمْدانَ ، وصاحِبُ « الفُروعِ » ، وغيرُهم . ومنَع الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، أنْ يكونَ فى المَسْأَلَةِ رِوايَةٌ بالكَراهَةِ ، وقال : مَن قال ، عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، إنَّه قال : لا يَحْرُمُ بل يُكْرَهُ . فقد غَلِطَ عليه ، ومأْخَذُه الغَفْلَةُ عن دَلالاتِ الألْفاظِ ومَراتِبِ

الشرح الكبير

ذلك لا يَمْنَعه وَطْأَها ، فلا يَأْمَنُ[1] عَوْدَه إليها ، فيكونُ ذلك[2] ذَرِيعَةً إلى الجَمْعِ بينَهما . وإن حَرَّمَ إحْدَاهما [3]على نَفْسِه ، لم تُبَحِ الأُخْرَى ؛ لأنَّ هذا لا يُحَرِّمُها ، إنَّما هو يَمِينٌ يُكَفَّرُ ، ولو كان يُحَرِّمُها إلَّا أنَّه لعارِضٍ ، متى شاء أزالَه بالكَفَّارَةِ ، فهو كالحَيْضِ والنِّفاسِ والإِحرامِ والصيامِ . فإن كاتَبَ إحداهما[3] ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا تَحِلُّ له الأُخْرَى ، وهو مُقْتَضَى كلامِ شيخِنا فى الكتابِ المشرُوحِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : تَحِلُّ له الأُخْرَى ؛ لأنَّها حَرُمَتْ عليه بسَبَبٍ لا يَقْدِرُ على رَفْعِه ، فأشْبَهَ التَّزْوِيجَ . ولَنا ، أنَّه [4]بسَبِيلٍ مِن اسْتِباحَتِها[4] بما لا يَقِفُ على غيرِهما[5] .

الإنصاف

الكلامِ ، وأحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، إنَّما قال : لا أقولُ إنَّه حَرَامٌ ولكِنْ يُنْهَى عنه . وكان يَهابُ قَوْلَ الحَرامِ إلَّا فيما فيه نصٌّ . وقد بيَّن ذلك القاضى فى « العُدَّةِ » .

فائدة : قال فى « القاعِدَةِ السَّادِسَةِ والثَّلاثِين بعدَ المِائَةِ » : الجَمْعُ بينَ المَمْلُوكَتَين فى الاسْتِمْتاعِ بمُقَدِّماتِ الوَطْءِ ، قال ابنُ عَقِيلٍ : يُكْرَهُ ولا يحْرُمُ . [6]ويتَوَجَّهُ أنْ يحْرُمَ[6] ، أمَّا إذا قُلْنا : إنَّ المُباشَرَةَ لشَهْوَةٍ كالوَطْءِ فى تحْريمِ الأُخْتَيْنِ ، حتى تحْرُمَ الأُولَى . فلا إشْكالَ . انتهى .

---

(1) فى م : « بأس من » .
(2) سقط من : م .
(3 - 3) سقط من : م .
(4 - 4) فى م : « نشأ من إباحتها » .
(5) فى الأصل : « غيرها » .
وبعده فى : المغنى ٥٣٩/٩ : « فلم تبح له أختها ، كالمرهونة » .
(6 - 6)سقط من : الأصل .

....

الشرح الكبير

فصل : وإذا أخْرَجَها مِن مِلْكِه ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها حتى يَسْتَبْرِئَ المُخْرَجَةَ ويَعْلَمَ براءَتَها مِن الحَمْلِ[1] . فإن كانت حامِلًا منه ، لم تَحِلَّ له أُخْتُها حتى تَضَعَ حَمْلَها ؛ لأنَّه يكونُ جامِعًا ماءَه[2] فى رَحِمِ أُخْتَيْن ، فهو بمَنْزِلَةِ نِكاحِ الأُخْتِ فى عِدَّةِ أُخْتِها .

الإنصاف

تنبيه : فى قوْلِه : فإنْ وَطِئَ إحْداهما ، لم تحِلَّ له الأُخْرَى . إشْعارٌ بجَوازِ وَطْءِ إحْداهما ابْتِداءً قبلَ تَحْريمِ الأُخْرَى . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والمَجْدُ ، وغيرُهم ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . قال فى « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » : والأصحُّ جَوازُه . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ بعدَ المِائَةِ » : هذا المَشْهورُ ، وهو أصحُّ . ومنَع أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » مِن وَطْءِ واحِدَةٍ منهما قبلَ تَحْريمِ الأُخْرَى . وقطَع به فى « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال فى « القَواعِدِ » : ونقَل ابنُ هانِئٍ ، عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، ما يدُلُّ عليه ، وهو راجِعٌ إلى تحْريمِ أحدِهما مُبْهَمًا . وقيل : يُكْرَهُ ذلك .

فائدة : حُكْمُ المُباشَرَةِ مِنَ الإماءِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ لِشَهْوَةٍ ، فيما يرْجِعُ إلى تحْريمِ أُخْتِها ، كحُكْمِه فى تحْريمِ الرَّبِيبَةِ ، على ما تقدَّم . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقال : والصَّحيحُ أنَّها لا تحْرُمُ بذلك ؛ لأنَّ الحِلَّ ثابِتٌ ، فلا يُحَرِّمُ إلَّا الوَطْءُ فقط .

تنبيهان ؛ الأوَّلُ ، قوْلُه : فإنْ وَطِئَ إحْداهما ، لم تحِلَّ له الأُخْرَى . فلو خالَفَ

(١) فى الأصل : « المحل » .

(٢) سقط من : م .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف وَوَطِئَ الأُخْرَى ، لَزِمَه أنْ يمْسِكَ عنهما حتى يُحَرِّمَ إحْداهما . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . قال فى « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » : هذا الأظْهَرُ . فيكونُ المَمْنوعُ منهما واحِدَةً مُبْهَمَةً . وأباحَ القاضى فى « المُجَرَّدِ » وَطْءَ الأُولَى بعدَ اسْتِبْراءِ الثَّانيةِ ، والثَّانِيَةُ هى المُحَرَّمَةُ عليه .

الثَّانى ، قَوْلُه : لم تحِلَّ له الأُخْرَى حتى يُحَرِّمَ على نفْسِه الأُولَى . بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تَزْوِيجٍ ، ويعْلَمُ أنَّها ليستْ بحامِلٍ . وهذا بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ . وقال ابنُ عَقِيلٍ : لا يكْفِى فى إباحَةِ الثَّانيةِ مُجَرَّدُ إزالَةِ مِلْكِه عنها ، بل لابُدَّ أنْ تحِيضَ[1] حَيْضَةً وتنْقَضِىَ ، فتَكونَ الحَيْضَةُ ، كالعِدَّةِ . وتَبِعَه على ذلك صاحِبُ « التَّرْغيبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرُهما . وجزَم به الزَّرْكَشِىُّ وغيرُه . [٢٣/٣و] وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ليس هذا القَيْدُ فى كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وعامَّةِ الأصحابِ . انتهى . ولا يكْفِى اسْتِبْراؤُها بدُونِ زَوالِ المِلْكِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا . وقال ابنُ عَقِيلٍ : يَنْبَغِى أنْ يُكْتَفى بذلك ؛ إذْ به يزُولُ الفِراشُ المُحَرِّمُ للجَمْعِ ، ثم فى الاكْتِفاءِ بتَحْريمِها بكِتابَةٍ ، أو رَهْنٍ ، أو بَيْعٍ بشَرْطِ الخِيارِ ، وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ، و « القَواعِدِ الأُصُولِيَّةِ » ، وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى » ، فى الكِتابَةِ . قطَع فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، أنَّ الأُخْتَ لا تُباحُ إذا رَهَنها أو كاتَبَها ، وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، والمُصَنِّفِ هنا . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا الأشْهَرُ فى الرَّهْنِ . وقال : ظاهِرُ إطْلاقِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، الاكْتِفاءُ

(١) فى الأصل ، ط : « تمضى » .

المقنع فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يُصِبْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ

الشرح الكبير **٣١٤٨** – مسألة : (فإن عادَتْ إلى مِلْكِه ، لم يَطَأْ واحِدَةً منهما حتى

الإنصاف بزَوالِ المِلْكِ ، ولو أمْكَنَه الاسْتِرْجاعُ ، كهِبَتِها لوَلَدِه ، أو بَيْعِها بشَرْطِ الخِيارِ . وجزَم ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، أنَّه إذا رَهَنَها ، أو كاتَبَها ، أو دبَّرَها ، لا تُباحُ أخْتُها . وقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » ، أنَّه يكْفِى كِتابَتُها . واخْتارَه القاضى وغيرُه . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى الجميعِ ؛ حيث قالا : فإنْ وَطِئَ إحْداهما ، لم تحِلَّ الأُخْرَى حتى يُحَرِّمَ المَوْطُوءَةَ بما لا يمْكِنُ أنْ يرْفَعَه وحدَه . وجزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . ولو أزالَ مِلْكَه عن بعضِها ، فقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : كفاه ذلك . وهو قِياسُ قوْلِ أصحابِنا .

الثَّالثُ ، شَمِلَ قوْلُه : بإخْراجٍ عَن مِلْكِه . الإِخْراجَ بالبَيْعِ وغيرِه . وقد صرَّح به الأصحابُ . فيَحْتَمِلُ أنْ يُقالَ : هذا منهم مَبْنِىٌّ على القَوْلِ بجَوازِ التَّفْريقِ ، على ما مرَّ فى كِتابِ الجِهادِ[1] ، لكِنْ يعْكُرُ على ذلك ما قبلَ البُلوغِ ، فإنَّه ليس فيه نِزاعٌ . ويَحْتَمِلُ أنْ يُقالَ : يجوزُ البَيْعُ هنا للحاجَةِ ، وإنْ منَعْناه فى غيرِه . قال العَلَّامَةُ ابنُ رَجَبٍ : أطْلَقَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، والأصحابُ ، تحْريمَ الثَّانيةِ حتى يُخْرِجَ الأُولَى عن مِلْكِه ببَيْعٍ أو غيرِه . فإنْ بُنِيَتْ هذه المَسْأَلَةُ على ما ذكَرَه الأصحابُ فى التَّفْريقِ ، لَزِمَ أنْ لا يجوزَ التَّفْريقُ بغيرِ العِتْقِ ، فيما دُونَ البُلوغِ ، وبعدَه على رِوايَتَين . ولم يتعَرَّضُوا هنا لشئٍ مِن ذلك ، ولعَلَّه مُسْتَثْنًى مِنَ التَّفْريقِ المُحَرَّمِ للحاجَةِ ، وإلَّا لَزِمَ تحْريمُ هذه الأَمَةِ بلا مُوجِبٍ . انتهى . وسبَقَه إلى ذلك الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ تعالَى . قلتُ : فيُعايَى بها .

قوله : فإنْ عادَتْ إلى مِلْكِه ، لم يُصِبْ واحِدَةً منهما حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى . سواءٌ

(١) انظر ١٠٢/١٠ .

المقنع الْأُخْرَى . وَعَنْهُ ، لَيْسَ بِحَرَامٍ ، وَلَكِنْ يُنْهَى عَنْهُ .

الشرح الكبير يُحَرِّمَ الأُخْرَى) متى زال مِلْكُه عن المَوْطُوءَةِ زوالًا أحَلَّ له أُخْتَها ، فوَطِئَها ، ثم عادت [١١٦/٦ظ] الأُولَى إلى مِلْكِه ، فليس له وَطْءُ إحْدَاهما حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى بإخْراجٍ عن مِلْكِه أو تزويجٍ . نَصَّ عليه أحمدُ[١] . وقال أصحابُ الشافعيِّ : لا تَحْرُمُ عليه واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ الأُولَى لم تَبْقَ فِراشًا ، فأشْبَهَ ما لو وَطِئَ أمَةً ثم اشْتَرَى أُخْتَهَا . ولَنا ، أنَّ هذه صارت فِراشًا ، وقد رَجَعَتْ إليه التى كانت فِرَاشًا ، فحَرُمَتْ كلُّ واحدةٍ منهما بكَوْنِ أُخْتِها فِرَاشًا ، كما لو انْفَرَدَتْ به . فأمَّا إذا وَطِئَ أمَةً ثم اشْتَرَى أُخْتَها ، فإنَّ المُشْتَرَاةَ لم تَكُنْ فِراشًا له ، لكنْ هى مُحَرَّمَةٌ عليه باسْتِفْرَاشِ أُخْتِها . ولو أخْرَجَ المَوْطوءَةَ عن مِلْكِه ، ثم عادت إليه قبلَ وَطْءِ أُخْتِها ، فهى حَلالٌ له[٢] ، وأُخْتُها مُحَرَّمَةٌ عليه ؛ لأنَّ أُخْتَها فِراشُه . (و) قد رُوِىَ (عن أحمدَ) أنَّ الجَمْعَ بينَ الأُخْتَيْن فى الوَطْءِ بمِلْكِ اليَمينِ ، (لا يَحْرُمُ ، بل يُنْهَى عنه) فيكونُ مَكْرُوهًا ، وقد ذَكَرْناه . والمذهبُ أنَّ ذلك حَرامٌ . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف كان وَطِئَ الثَّانيـةَ أوْ لا . وهذا المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : هذا ظاهِرُ نُصوصِه ، واخْتارَه الخِرَقِىُّ . قال فى « القاعِدَةِ الأرْبَعِين » : هذا الأشْهَرُ ، وهو المَنْصوصُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، و « نَظْمِ المُفْرَداتِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : فإن وَطِئَ أمَتَيْه الأُخْتَيْن[1] معًا ، فوَطْءُ الثَّانيةِ مُحَرَّمٌ ، ولا حَدَّ فيه ؛ لأنَّها مِلْكُه ، ولأنَّ[2] فى حِلِّها اخْتِلافًا ، وله سَبِيلٌ إلى اسْتِباحَتِها ، بخِلافِ أُخْتِه مِن الرَّضاعِ المَمْلُوكَةِ له . ولا يَحِلُّ له وَطْءُ واحدةٍ منهما[3] حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى ويَسْتَبْرِئَها . وقال القاضى ، وأصحابُ الشافعىِّ : الأُولَى باقِيَةٌ على الحِلِّ ؛ لأنَّ الوَطْءَ الحَرامَ لا يُحَرِّمُ الحَلالَ . إلَّا أنَّ القاضىَ قال : لا يَطَؤُها حتى يَسْتَبْرِئَ الثَّانيةَ . ولَنا ، أنَّ الثانيةَ قد صارَتْ فِراشًا له ، يَلْحَقُه نَسَبُ وَلَدِها ، فحَرُمَتْ عليه أُخْتُها ، كما لو وَطِئَها ابْتِداءً . وقولُهم : إنَّ الحَرامَ لا يُحَرِّمُ الحلالَ . ليس بخبرٍ صحيحٍ ، وهو مَتْرُوكٌ بما لو وَطِئَ الأُولَى فى حَيْضٍ أو نِفاسٍ أو إحْرامٍ ، فإنَّ أُخْتَها تَحْرُمُ عليه ، وتَحْرُمُ عليه أُمُّها وابْنَتُها على التَّأْبِيدِ ، وكذلك لو وَطِئَ بشُبْهَةٍ فى هذه الحالِ . ولو وَطِئَ امرأتَه ، حَرُمَتْ عليه ابْنَتُها ، سَواءٌ وَطِئَها حَرامًا أو حَلالًا .

الإنصاف

و « الفُروعِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ : إذا عادَتْ بعدَ وَطْءِ الأُخْرَى ، فالمَنْصُوصُ فى رِوايَةِ جماعَةٍ ، وعليه عامَّةُ الأصحابِ ، اجْتِنابُهما حتى يُحَرِّمَ إحْداهما ، وإنْ عادَتْ قبلَ وَطْءِ الأُخْرَى ، فظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، والخِرَقِىِّ ، وكثيرٍ مِنَ الأصحابِ ، أنَّ الحُكْمَ كذلك . واخْتارَ المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، أنَّها إنْ عادَتْ قبلَ وَطْءِ أُخْتِها ، فهى المُباحَةُ دُونَ أُخْتِها . واخْتارَ المَجْدُ فى

---

(1) فى م : « الاثنين » .
(2) فى الأصل : « لكن » .
(3) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ وَطِئَ أَمَتَهُ ثُمَّ تَزَوَّجَ أُخْتَهَا ، لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِى بَكْرٍ . وَظَاهِرُ

الشرح الكبير **فصل** : وحُكْمُ المُباشَرَةِ مِن الإِمَاءِ فيما دُونَ الفَرْجِ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ لشَهْوةٍ ، فيما يَرْجِعُ إلى تَحْرِيمِ الأُخْتِ ، كحُكْمِه فى تَحْرِيمِ الرَّبِيبَةِ . والصحيحُ أنَّها لا تُحَرِّمُ ؛ لأنَّ الحِلَّ ثابتٌ بقولِه تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[1] . ومُخالَفَةُ ذلك إنَّما تَثْبُتُ بقولِه تعالى : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ . والمُرادُ به الجَمْعُ فى العَقْدِ أو الوَطْءِ ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما ، ولا ما فى مَعْناهما .

٣١٤٩ – مسألة : (وإن وَطِئَ أمَتَه ثم تَزَوَّجَ أُخْتَها ، لم يَصِحَّ عندَ أبى بكرٍ) وقد سُئِلَ أحمدُ عن هذا ، فقال : لا يَجْمَعُ بينَ الأُخْتَيْنِ الأَمَتَيْنِ . فيَحْتَمِلُ أنَّه أرادَ أنَّ النِّكاحَ لا يَصِحُّ . وهو إحْدَى الرِّواياتِ[2] عن مالكٍ . قال القاضى : هو ظاهرُ كلامِ أحمدَ ؛ لأنَّ النِّكاحَ تَصِيرُ به المرأةُ فِراشًا ،

الإنصاف « المُحَرَّرِ » ، أنَّها إذا رجَعَتْ إليه بعدَ أنْ وَطِئَ الباقِيَةَ ، أنَّه يُقِيمُ على وَطْئِها ، ويَجْتَنِبُ الرَّاجِعَةَ ؛ وإنْ رَجَعَتْ قبلَ وَطْءِ الباقِيَةِ ، وَطِئَ أيَّتَهما شاءَ . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ : هذا إذا عادَتْ إليه على وَجْهٍ لا يجبُ الاسْتِبْراءُ عليه ، أمَّا إن وجَبَ الاسْتِبْراءُ ، لم يلْزَمْه تَرْكُ أُختِها حتى يَسْتَبْرِئَها .

قوله : وإنْ وَطِئَ أمَتَه ، ثم تزَوَّجَ أخْتَها ، لم يَصِحَّ عندَ أبى بَكْرٍ . وهو المذهبُ . قال القاضى : وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وحَكاه فى « الفُروعِ » وغيرِه رِوايَةً . اخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الخُلاصَةِ » ،

---

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) فى الأصل : « الروايتين » .

المقنع

كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَضِىَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، وَلَا يَطَؤُهَا حَتَّى يُحَرِّمَ

الشرح الكبير

فلم يَجُزْ أن تَرِدَ على فِراشِ الأُخْتِ ، كالوَطْءِ ، ولأنَّه فِعْلٌ فى الأُخْتِ[1] يُنافِى إباحَةَ أُخْتِها المُفْتَرَشَةِ[2] ، فلم يَجُزْ ، كالوَطْءِ (وظاهرُ كلامِ أحمدَ ، أنَّه يَصِحُّ) ذَكَرَه أبو الخطابِ (ولا يَطَؤُها حتى يُحَرِّمَ المَوْطُوءَةَ) وهو مذهبُ أبى حنيفةَ ؛ لأنَّه [٦/١١٧و] سَبَبٌ يُسْتَباحُ به الوَطْءُ ، فجازَ أن يَرِدَ على وَطْءِ الأُخْتِ[2] ، وَلَا يُبِيحُ كالشِّراءِ . وقال الشافعيُّ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، وتَحِلُّ له المَنْكُوحَةُ ، وتَحْرُمُ أُخْتُها ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى مِن الوَطْءِ بمِلْكِ اليَمِينِ ، فإذا اجْتَمَعَا وَجَب تقديمُ الأقْوَى . ووَجْهُ الأُولَى ما ذَكَرْناه ، ولأنَّ وَطْءَ مَمْلُوكَتِه مَعْنًى يُحَرِّمُ أُخْتَها لعِلَّةِ الجَمْعِ ، فمَنَعَ صِحَّةَ

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « ناظِمِ المُفْرَداتِ » . وهو منها . وظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه يصِحُّ . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، وحَكاها فى « الفُروعِ » وغيرِه رِوايَةً ، ونَقَلَها حَنْبَلٌ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « الفُروعِ » .

[3]**فائدة** : مِثْلُ ذلك فى الحُكْمِ ، لو أعْتَقَ سُرِّيَّته ، ثم تزَوَّجَ أُخْتَها فى مُدَّةِ اسْتِبْرائِها[3] .

قوله : وَلا يطَؤُها حتى يُحَرِّمَ المَوْطُوءَةَ . يعْنِى ، على القَوْلِ بالصِّحَّةِ .

(١) بعده فى م : « ما » .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) زيادة من : ا .

المقنع الْمَوْطُوءَةَ ، فَإِنْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ ، لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُخْرَى .

الشرح الكبير النِّكاحِ ، كالزَّوْجِيَّةِ[1] ، ويُفارِقُ الشِّراءَ ، فإنَّه لا يَنْحَصِرُ فى الوَطْءِ ، ولهذا صَحَّ شِراءُ الأُخْتَيْنِ ومَن لا تَحِلُّ له . وقولُهم : النِّكاحُ أقْوَى مِن الوَطْءِ . ممنوعٌ . وإن سُلِّمَ ، فالوَطْءُ أسْبَقُ ، فيُقَدَّمُ ويَمْنَعُ صِحَّةَ ما يَطْرَأُ عليه مِمَّا يُنافِيه ، كالعِدَّةِ تَمْنَعُ ابْتِداءَ نِكاحِ الأُخْتِ ، وكذلك وَطْءُ الأَمَةِ ، يُحَرِّمُ نِكاحَ ابْنَتِها وأُمِّها ، ولأنَّ هذا بمَنْزِلَةِ نِكاحِ الأُخْتِ فى عِدَّةِ أُخْتِها ، لكَوْنِه لم يَسْتَبْرِئِ[2] المَوْطُوءَةَ (فإن عادَتْ إلى مِلْكِه ، لم يَطَأْ واحدةً منهما حتى يُحَرِّمَ الأُخْرَى) إذا قُلْنا بصِحَّةِ النِّكاحِ ؛ لأنَّ الأُولَى عادت إلى الفِراشِ ، فاجْتَمَعَا فيه ، فلم [3]تُبَحْ له[3] واحدةٌ منهما قبلَ إخْراجِ الأُخْرَى عن الفِراشِ .

الإنصاف [٣/٢٣ظ] المَوْطُوءَةُ هى أَمَتُه . وهذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . وعنه ، يَحْرُمان معًا ، حتى يُحَرِّمَ إحْداهما .

فوائد ؛ إحْداها ، مِثْلُ هذا الحُكْمِ ، لو تزَوَّجَ أُخْتَ أَمَتِه بعدَ تحْريمِها ثم رَجَعَتْ الأَمَةُ إليه ، لكِنَّ النِّكاحَ بحالِه . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » . وقدَّم فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، أنَّ حِلَّ وَطْءِ الزَّوْجَةِ باقٍ . وإنْ أعْتَقَ أَمَتَه

---

(١) فى م : « كالزوجة » .

(٢) فى م : « يشتر » .

(٣ - ٣) فى م : « تستبح » .

الشرح الكبير

فصل : فإن زَوَّجَ الأمَةَ المَوْطُوءَةَ أو أخْرَجَها عن مِلْكِه ، فله نِكاحُ أُخْتِها ، فإن عادتِ الأمَةُ إلى مِلْكِه ، فالزَّوْجِيَّةُ بحالِها ، وحِلُّها باقٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ صحيحٌ ، وهو أقْوَى ، ولا تَحِلُّ له[1] الأَمَةُ . وعنه ، أنَّه يَنْبَغِى أن تَحْرُمَ إحداهما ؛ لأنَّ أمَتَه التى كانت فراشًا قد عادت إليه ، والمنكوحةُ مُسْتَفْرَشَةٌ ، فأشْبَهَ أمَتَيْه اللتين[2] وَطِئَ إحداهما بعدَ تَزْوِيجِ الأُخْرَى ، ثم طَلَّقَ[3] الزوجُ أُخْتَها . فإن تَزَوَّجَ امرأةً ثم اشْتَرَى أُخْتَها ، صَحَّ الشِّراءُ ، ولم تَحِلَّ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ كالوَطْءِ ، فأشْبَهَ مالو وَطِئَ أمَتَه ثم اشْتَرَى أُخْتَها ، فإن وَطِئَ أمَتَه[4] حَرُمَتَا عليه حتى يَسْتَبْرِئَ الأمَةَ ، ثم تَحِلُّ له زَوْجَتُه دونَ أمَتِه ؛ لأنَّ النِّكاحَ أقْوَى وأسْبَقُ ، وإنَّما وَجَب الاسْتِبْراءُ لِئَلَّا يكونَ جامِعًا ماءَه فى رَحِمِ أُخْتَيْن . ويَحْتَمِلُ أن تَحْرُمَا عليه جميعًا حتى يُحَرِّمَ إحداهما ، كالأمَتَيْن . وحُكْمُ عَمَّةِ المرأةِ وخالَتِها ، كأُخْتِها فى تَحْرِيمِ الجَمْعِ بينَهما فى الوَطْءِ ، والتَّفْصِيلُ (٥فيها كالتفصيلِ ٥) فى الأُخْتَيَن ، على ما ذُكِرَ .

الإنصاف

ثم تزَوَّجَ أُخْتَها فى مدَّةِ اسْتِبْرائِها ، ففى صِحَّةِ العَقْدِ الرِّوايَتان المُتَقَدِّمَتان ، وله نِكاحُ أرْبَعٍ سِواها فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وقالَه القاضى فى « الجامعِ » ، و « الخِلافِ » ، وابنُ المَنِّىِّ . ونَصَره أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه الصَّغِيرِ » ، كما قبلَ العِتْقِ . وقيل : لا

---

(١) سقط من : م .
(٢) فى الأصل : « التى » .
(٣) فى م : « يطلق » .
(٤) فى م : « أمتيه » .
(٥ – ٥) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : ولا بأْسَ أن يَجْمَعَ بينَ مَن كانت زَوْجَةَ رَجُلٍ[1] وابْنَتِه مِن غيرِها . هذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ ، يَرَوْنَ الجَمْعَ بينَ المرأةِ ورَبِيبَتِها فى النِّكاحِ . فَعَلَه عبدُ اللهِ بنُ جعفرٍ ، وعبدُ اللهِ بنُ صَفْوانَ بنِ أُمَيَّةَ[2] . وهو قولُ سائرِ الفقهاءِ ، إلَّا الحسنَ ، وعِكْرِمةَ ، وابنَ أبى لَيْلَى ، فإنَّهم كَرِهُوه ؛ لأنَّ إحداهما لو كانت ذَكَرًا حَرُمَتْ عليه الأُخْرَى ، فأشْبَهَ المرأةَ وعَمَّتَها . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾[3] . ولأنَّهما لا قَرابَةَ بينَهما ، فأشْبَهَا الأَجْنَبِيَّتَيْن ، ولأنَّ الجمعَ حَرُمَ خَوْفًا مِن

الإنصاف

يجوزُ . الْتَزَمه القاضى فى « التَّعْليقِ » فى مَوْضِعٍ ؛ قِياسًا على المَنْعِ مِن تَزَوُّجِ أُخْتِها . قلتُ : وهو ضعيفٌ جدًّا . الثَّانيةُ ، لو مَلَك أُخْتَيْن ، مُسْلِمَةً ومَجُوسِيَّةً ، فله وَطْءُ المُسْلِمَةِ . ذكَرَه فى « التَّبْصِرَةِ » ، واقْتَصَرَ عليه فى « الفُروعِ » . الثَّالثةُ ، لو اشْتَرَى أُخْتَ زَوْجَتِه ، صحَّ ، ولا يطَؤُها فى عِدَّةِ الزَّوجَةِ ، فإنْ فعَل ، فالوَجْهان المُتَقَدِّمان . وهل دَواعِى الوَطْءِ كالوَطْءِ ؟ فيه الوَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . والصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ دَواعِىَ الوَطْءِ كالوَطْءِ . وقدَّم ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » إباحَةَ المُباشَرَةِ ، والنَّظَرِ إلى الفَرْجِ لشَهْوَةٍ .

تنبيهان؛ أحدُهما[4]، تقدَّم فى آخِرِ كِتابِ الطَّهارَةِ[5]، إذا اشْتَبَهَتْ أُخْتُه بأجْنَبِيَّةٍ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحى المكى أبو صفوان ، من أشراف قريش ، لا صحبة له ، كان سيد أهل مكة فى زمانه لحلمه وسخائه وعقله ، قتل مع ابن الزبير وهو متعلق بالأستار سنة ثلاث وسبعين . سير أعلام النبلاء ٤/١٥٠ ، ١٥١ . العبر ١/٨٢ .

(٣) سورة النساء ٢٤ .

(٤) فى الأصل ، ط : « إحداهما » .

(٥) انظر ١/١٤١ .

الشرح الكبير

قَطِيعَةِ الرَّحِمِ القَرِيبَةِ بينَ المُتَناسِبَيْن ، ولَا قَرابَةَ بينَ هاتَيْن ، وبهذا يُفارِقُ ما ذَكَرُوه .

فصل : ولو كان لرجلٍ ابنٌ مِن غيرِ زَوْجَتِه ، ولها بِنْتٌ مِن غيرِه ، أو كان له بِنْتٌ ولها ابنٌ ، [٦/١١٧ظ] جاز تزويجُ أحدِهما مِن الآخَرِ في قولِ عامَّةِ الفقهاءِ . وحُكِيَ عن طاوُسٍ كَرَاهِيتُه إذا كان مِمّا وَلَدَتْه المرأةُ بعدَ وَطْءِ الزَّوْجِ لها . والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لعمومِ الآيةِ والمَعْنَى الذى ذَكَرْناه ، فإنَّه ليس بينَهما قَرابَةٌ ولا سَبَبٌ يَقْتَضِى التحريمَ ، وكونُه أخًا لأُخْتِها ، لم يَرِدِ الشَّرْعُ بأنَّه سَبَبٌ للتَّحْريمِ ، فيَبْقَى على الإباحَةِ ؛ لعمومِ الآيةِ . ومتى وَلَدَتِ المرأةُ مِن ذلك الرجلِ وَلَدًا ، صار عَمًّا (١)لوَلَدَ وَلَدَيْهما(١) وخالًا .

فصل : إذا تَزَوَّجَ امرأةً لم تَحْرُمْ أُمُّها ولا ابْنَتُها على أبيه ولا ابْنِه ، فمتى تَزَوَّجَ امرأةً وزَوَّجَ ابنَه(٢) أُمَّها ، جازَ ؛ لعَدَمِ أسبابِ التَّحْرِيمِ ، فإذا وُلِدَ لكلِّ واحدٍ منهما(٣) وَلَدٌ ، كان وَلَدُ الأبِ عَمَّ وَلَدِ الابنِ(٤) ، ووَلَدُ الابنِ خالَ وَلَدِ الأبِ . ويُرْوَى أنَّ رجلًا أتَى عبدَ الملكِ بنَ مَرْوانَ ، فقال : يا أميرَ المؤمنين ، إنِّى تَزَوَّجْتُ امرأةً ، وزَوَّجْتُ ابْنِى بأُمِّها ، فأجِزْنا(٥) .

الإنصاف ....

(١ - ١) فى النسختين : « لولديهما » ، والمثبت كما فى المغنى ٩/٥٤٣ .

(٢) فى م : « أباه » .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى م : « الأم » .

(٥) فى م : « فأخبرنا » .

الشرح الكبير

فقال عبدُ الملكِ : إن أخْبَرْتَنِى بقَرابةِ وَلَدِك مِن وَلَدِ ابنِك[1] أجَزْتُك[2] . فقال الرجلُ : يا أميرَ المؤمنين ، هذَا العُرْيانُ بنُ الهَيْثَمِ الذى وَلَّيْتَه قائِمَ سَيْفِكَ ، إن عَلِم ذلك فلا تُجزْنِى . فقال العُرْيانُ : أحدُهما عَمُّ الآخَرِ ، والآخَرُ خَالُه .

فصل : إذا تَزَوَّجَ رجلٌ امرأةً ، وزَوَّجَ ابنَه بِنْتَها أو أُمَّها ، فزُفَّتِ امرأةُ كلٍّ واحدٍ منهما إلى صاحِبِه ، فوَطِئَها ، فإنَّ وَطْءَ الأوَّلِ يُوجِبُ عليه مَهْرَ مِثْلِها ؛ لأنَّه وَطْءُ شُبْهَةٍ ، ويُفْسَخُ به نِكاحُها مِن زَوْجِها ؛ لأنَّها صارَتْ بالوَطْءِ حَلِيلَةَ أبيه أو ابْنِه ، ويَسْقُطُ به مَهْرُ المَوْطُوءَةِ عن زَوْجِها ؛ لأنَّ الفَسْخَ جاء[3] مِن قِبَلِها بتَمْكِينِها مِن وَطْئِها ، ومُطاوَعَتِها عليه ، ولا شىءَ لزَوْجِها على الواطِئِ ؛ لأنَّه لم يَلْزَمْه شىءٌ يَرْجِعُ به ، ولأنَّ المرأةَ مُشارِكَةٌ[4] فى إفْسادِ نِكاحِها بالمُطاوَعةِ ، فلم يَجِبْ على زَوْجِها شىءٌ ، كما لو انْفَرَدَتْ به . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ عليه لزَوْجِها نِصْفُ مَهْرِ مِثْلِها ؛ لأنَّه أفْسَدَ نِكاحَها قبلَ الدُّخولِ ، أشْبَهَ المرأةَ تُفْسِدُ نِكاحَه بالرَّضاعِ ، ويَنْفَسِخُ نِكاحُ الواطِئِ أيضًا ؛ لأنَّ امْرَأتَه صارت أُمًّا لمَوطوءتِه أو بِنْتًا لها ، ولها نِصْفُ المُسَمَّى . فأمَّا وَطْءُ الثانى ، فيُوجِبُ مهرَ المِثْلِ للموطوءةِ خاصَّةً . فإن أشْكَلَ الأوَّلُ ، انفَسَخَ النِّكاحانِ ، ولكلِّ واحدةٍ مَهْرُ مِثْلِها على واطِئِها ، ولا يَثْبُتُ

الإنصاف ....

(1) فى م : « أبيك » .

(2) فى م : « أخبرتك » .

(3) سقط من : م .

(4) فى الأصل : « مشكوكة » .

المقنع

وَلَا يَحِلُّ لِلْحُرِّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ ، وَلَا لِلْعَبْدِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَكْثَرَ مِنَ اثْنَتَيْنِ ، وَإِنْ طَلَّقَ إِحْدَاهُنَّ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْرَى حَتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُهَا .

الشرح الكبير

رُجُوعُ أحدِهما على الآخَرِ ، ويَجِبُ لامرأةِ كلِّ واحدٍ منهما على الآخَرِ نِصْفُ المُسَمَّى ، ولا يَسْقُطُ بالشَّكِّ .

٣١٥٠ – مسألة : (ولا يَحِلُّ للحُرِّ أن يَجْمَعَ بينَ أكثرَ مِن أرْبَعٍ ، ولا للعَبْدِ أنْ يَتَزَوَّجَ أكثرَ مِن اثْنَتَيْن ، فإن طَلَّقَ إحْدَاهُنَّ ، لم يَتَزَوَّجْ أُخْرَى حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها) أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ الحُرَّ لا يَحِلُّ له أن يَجْمَعَ بينَ أكثرَ مِن أرْبَعِ زوجاتٍ . لا نَعْلَمُ أحدًا منهم خالفَ فى ذلك ، إلَّا شيئًا يُحْكَى عن القاسمِ بنِ إبراهيمَ[١] ، أنه أباحَ تِسْعًا ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[٢] . والواوُ للجَمْعِ ، ولأنَّ النبىَّ ﷺ مات عن تِسْعٍ . وهذا خَرْقٌ للإجْماعِ وتَرْكٌ للسُّنَّةِ ، فإنَّ النبىَّ ﷺ [٦/١١٨و] قال لغَيْلانَ بنِ سَلَمَةَ ، حينَ أسْلَمَ وتَحْتَه عَشْرُ نِسْوةٍ : « أَمْسِكْ أرْبَعًا وفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . وقال نَوْفَلُ بنُ مُعاوِيَةَ : أسْلَمْتُ وتَحْتِى

الإنصاف

الثَّانى ، قوْلُه : ولا يحِلُّ للحُرِّ أنْ يجْمَعَ بينَ أكْثَرَ مِن أرْبعٍ ، ولا للعَبْدِ أنْ يتَزَوَّجَ أكْثَرَ مِن اثْنَتَيْن . بلا نِزاعٍ . ومَفْهومُ قوْلِه : وَإنْ طَلَّقَ إحْداهُنَّ ، لم يجُزْ أنْ يَتَزَوَّجَ

---

(١) القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل الحسنى العلوى الرسى أبو محمد ، فقيه شاعر ، من أئمة الزيدية ، شقيق ابن طباطبا (محمد بن إبراهيم) أعلن دعوته بعد موت أخيه ، له رسائل فى الإمامة والعدل والتوحيد وغير ذلك ، توفى سنة ست وأربعين ومائتين . الأعلام ، للزركلى ٥/٦ .

(٢) سورة النساء ٣ .

الشرح الكبير

خَمْسُ نِسْوَةٍ ، فقال لى النبىُّ ﷺ : « فَارِقْ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ » . رَواهما الشافعىُّ فى « مُسْنَدِه »[1] . وإذا مُنِعَ مِن اسْتِدامَةِ زِيادَةٍ على أرْبَعٍ ، فالابْتِداءُ أوْلَى ، والآيةُ أُرِيدَ بها التَّخْيِيرُ بينَ اثْنَتَيْن وثلاثٍ وأرْبَعٍ ، كما قال : ﴿ أُوْلِىٓ أَجْنِحَةٍ مَّثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾[2] . ولم يُرِدْ أنَّ لكلِّ مَلَكٍ تِسْعَةَ أجْنِحَةٍ ، ولو أراد ذلك لقال : تِسْعَةً . ولم يَكُنْ للتَّطْوِيلِ مَعْنًى ، ومَن قال غيرَ ذلك فقد جَهِلَ اللُّغَةَ العربيةَ . وأمَّا النبىُّ ﷺ فمَخْصُوصٌ بذلك ، ألا تَرَى أنَّه جَمَعَ بينَ أكْثَرَ مِن تِسْعٍ .

فصل : وليس للعَبْدِ أن يَزِيدَ على [3]أكثرَ مِن[3] اثْنَتَيْن ، ولا خِلافَ فى

الإنصاف

أُخْرَى حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها . أنَّها لو ماتَتْ ، جازَ تَزَوُّجُ غيرِها فى الحالِ . وهو صحيحٌ ، نصَّ عليه . فلو قال : أخْبَرَتْنِى بانْقِضاءِ عِدَّتِها . فكَذَّبَتْه ، فله نِكاحُ أُخْتِها ، وبدَلِها ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وقيل : ليس له ذلك . فعلى الأوَّلِ ، لا تَسْقُطُ السُّكْنَى والنَّفَقةُ ونَسَبُ الوَلَدِ ، بل الرَّجْعَةُ . قالَه الأصحابُ .

---

(١) فى : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعى ٢/ ١٦ .

كما أخرج الأول الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/ ٦٠ ، ٦١ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٢٨ . والإمام مالك ، فى : بابٌ جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/ ٥٨٦ . والإمام أحمد ، فى المسند ٢/ ٤٤ . وصححه فى الإرواء ٦/ ٢٩١ – ٢٩٥ .

وكما أخرج الثانى البيهقى ، فى : باب من يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/ ١٨٤ . وهو ضعيف ، انظر الإرواء ٦/ ٢٩٥ .

(٢) سورة فاطر ١ .

(٣ – ٣) سقط من : م .

الشرح الكبير

جَوازِ الجَمْعِ بينَ اثْنَتَيْن له ، واخْتَلَفُوا فى إباحَةِ الأرْبَعِ له ، فمذهبُ أحمدَ أنَّه لا يُباحُ له إلَّا اثْنَتان . وهذا قولُ عمرَ بنِ الخطابِ ، وعلىٍّ ، وعبدِ الرحمنِ ابنِ عَوْفٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال عطاءٌ ، والحسنُ ، والشَّعْبِىُّ ، وقَتادَةُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال القاسِمُ بنُ محمدٍ ، وسالمُ بنُ عبدِ اللهِ ، وطاوُسٌ ، ومُجاهِدٌ ، ومالكٌ ، وأبو ثَوْرٍ ، وداودُ : له نِكاحُ أرْبَعٍ ؛ لعمومِ الآيةِ ، ولأنَّ هذا طَرِيقُه اللَّذَّةُ والشَّهْوَةُ ، فساوَى العَبْدُ فيه الحُرَّ ، كالمَأْكُولِ . ولَنا ، أنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصَّحابةِ ، ولم يُعْرَفْ لهم مُخالِفٌ فى عَصْرِهِم ، فكان إجماعًا . وقد رَوَى لَيْثُ بنُ أبى سُلَيْمٍ عن الحَكَمِ بنِ عُتَيْبَةَ[1] ، قال : أجْمَعَ أصحابُ رسولِ اللهِ ﷺ ، على أنَّ العَبْدَ لا يَنْكِحُ أكثرَ مِن اثْنَتَيْن[2] . ويُقَوِّى هذا ما[3] رَوَى[4] الإمامُ أحمدُ بإسْنادِه عن محمدِ بنِ سِيرِينَ ، أنَّ عمرَ سَأَلَ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، قوْلُه : ولا يحِلُّ للعَبْدِ أنْ يتزَوَّجَ أكْثَرَ مِن اثْنَتَيْن بلا نِزاعٍ . ونصَّ عليه فى رِوايَةِ الجماعَةِ ؛ منهم صالِحٌ ، وابنُ مَنْصُورٍ ، ويعْقُوبُ بنُ بخْتانَ . لكِنْ لو كان نِصْفُه حُرًّا فأكْثَرَ ، جازَ له أنْ يتزَوَّجَ ثلاثًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وجزَم به فى « البُلْغَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ،

---

(١) فى الأصل : « قتيبة » .

وهو الحكم بن عتيبة الكندى أبو محمد ، مولاهم الكوفى ، الإمام الكبير عالم أهل الكوفة ، كان ثقة ثبتًا فقيها ، توفى سنة خمس عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٢٠٨/٥ - ٢١٣ .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ١٤٥/٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٥٨/٧ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) بعده فى الأصل : « عن » .

الشرح الكبير

الناسَ : كم يَتزوَّجُ العَبْدُ ؟ فقال عبدُ الرحمنِ بنُ عَوْفٍ : ثِنْتَيْن ، وطَلاقُه ثِنْتَيْن[1] . فدَلَّ هذا على أنَّ ذلك كان بمَحْضَرٍ مِن الصَّحابةِ وغيرِهم ، فلم يُنْكَرْ ، وهذا يَخُصُّ عُمُومَ الآيةِ ، على أنَّ فيها ما يَدُلُّ على إرادةِ الأحْرارِ ، وهو قولُه تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[2] . ويُفارِقُ النِّكاحُ المأْكُولَ ، فإنَّه مَبْنِيٌّ على التَّفْضِيلِ ، ولهذا فارَقَ النبيُّ ﷺ فيه أُمَّتَه ، ولأنَّ فيه مِلْكًا ، والعَبْدُ يَنْقُصُ فى المِلْكِ عن الحُرِّ .

فصل : إذا تَزَوَّجَ الرجلُ امرأةً ، حَرُمَتْ عليه أُخْتُها وعَمَّتُها وخالَتُها وبِنْتُ أخِيها [3]وبنتُ أُخْتِها تَحْرِيمَ جَمْعٍ[3] ، وكذلك إذا تَزَوَّجَ الحُرُّ أربعًا ، حَرُمَتِ الخامِسَةُ تَحْرِيمَ جَمْعٍ . وإن تَزَوَّجَ العَبْدُ اثْنَتَيْن ، حَرُمَتِ الثالثةُ تحريمَ جَمْعٍ . فإذا طَلَّقَ زَوْجَتَه طَلاقًا رَجْعِيًّا ، فالتَّحْرِيمُ باقٍ بحالِه فى قولِهم جميعًا ، وإن كان الطَّلاقُ بائِنًا أو فَسْخًا ، فكذلك حتَّى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها . يُرْوَى ذلك عن علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، ومُجاهِدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ .

الإنصاف

و « الفُروعِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقيل : هو كالعَبْدِ . ويأْتِى فى آخرِ نَفَقَةِ الأقارِبِ والمَماليكِ : هل للعَبْدِ أنْ يَتَسَرَّى بإذْنِ سيِّدِه ، أمْ لا ؟ الثَّانيةُ ، اخْتُلِفَ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى جَوازِ تَسَرِّى العَبْدِ بأكْثَرَ مِن اثْنَتَيْن ؛ فنقَل عنه

---

(1) أخرجه الشافعى ، فى : باب فى العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند الشافعى ٢/٥٧ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٥٨ .

(2) سورة النساء ٣ .

(3 - 3) سقط من : م .

الشرح الكبير

وقال القاسِمُ بنُ محمدٍ ، [٦/١١٨ظ] وعروةُ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : له نِكاحُ جميعِ مَن سَمَّيْنا فى تَحْرِيمِ الجَمْعِ[(١)] . ورُوِىَ ذلك عن [(٢)]زيدِ بنِ[(٢)] ثابتٍ ؛ لأنَّ المُحَرَّمَ الجمعُ بينَهما فى النِّكاحِ ، بدَليلِ قولِه تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ ﴾ . أى نِكاحُهُنَّ . وقال : ﴿ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ . معطوفًا عليه . والبائِنُ ليست فى نِكاحِه ، ولأنَّها بائِنٌ ، فأشْبَهَتِ المُطَلَّقَةَ قبلَ الدُّخولِ[(٣)] . ولَنا ، قولُ علىٍّ ، وابنِ عباسٍ ، ورُوِىَ عن عَبِيدَةَ السَّلْمانىِّ أنَّه قال[(١)] : ما أجْمَعَتِ الصَّحابَةُ على شىءٍ كإجْماعِهم على أرْبَعٍ قَبْلَ الظُّهْرِ وأن لا تُنْكَحَ المرأةُ فى عِدَّةِ أُخْتِها . ورُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعْ مَاءَهُ فِى رَحِمِ أُخْتَيْنِ »[(٤)] . ورُوِىَ عن أبى الزِّنادِ ، قال : كان للوليدِ بنِ عبدِ الملكِ أرْبَعُ نِسْوَةٍ ، فطَلَّقَ واحدةً الْبَتَّةَ ، وتَزَوَّجَ قبلَ أن تَحِلَّ ، فعابَ ذلك كثيرٌ

الإنصاف

المَيْمُونِىُّ الجَوازَ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وهو ظاهِرُ كلامِ الأصحابِ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهم ، فى آخرِ بابِ نفقَةِ الأقارِبِ والمَماليكِ . ونقَل أبو الحارِثِ ، المَنْعُ كالنِّكاحِ . قال فى « القَواعِدِ الأُصولِيَّةِ » : ولم يُخْتَلَفْ عنه فى أنَّ عِتْقَ العَبْدِ وسرِّيَّتِه يُوجِبُ تحْرِيمَها عليه ،

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) بعده فى م : « بها » .

(٤) تقدم تخريجه فى صفحة ٣١١ .

الشرح الكبير

مِن الفُقَهاءِ ، وليس كُلُّهُم عابَه[1] . قال سعيدُ بنُ منصورٍ : إذا عابَ عليه سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ فأىُّ شىءٍ بَقِىَ ! ولأنَّها مَحْبُوسَةٌ عن النِّكاحِ لحقِّه ، أشْبَهَ ما لو كان الطَّلاقُ رَجْعِيًّا[2] ، وفارَقَ المُطَلَّقَةَ قبلَ الدُّخولِ بهذا[3] .

فصل : ولو أسْلَمَ زَوْجُ المجُوسِيَّةِ أو الوَثَنِيَّةِ ، أو انْفَسَخَ النِّكاحُ بينَ الزَّوْجَيْن بخُلْعٍ أو رَضاعٍ ، أو فَسْخٍ بعَيْبٍ أو إعْسارٍ أو غيرِه ، لم يَكُنْ له أنْ يَتزَوَّجَ أحدًا مِمَّن يَحْرُمُ الجمعُ بينَه وبينَ زَوْجَتِه حتى تَنْقَضِىَ عِدَّتُها ، سَواءٌ قُلْنا بتَعْجيلِ الفُرْقَةِ أو لم نَقُلْ . فإن أسْلَمَتْ زَوْجَتُه فتزَوَّجَ أُخْتَها فى عِدَّتِها ، ثم أسْلَمَا ، اخْتارَ منهما واحدَةً ، كما لو[4] تزَوَّجَهُما معًا ، وإن أسْلَمَ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّةِ الأُولَى ، بانَتْ ، وثَبَت نِكاحُ الثَّانيةِ .

فصل : إذا أعْتَقَ أمَّ وَلَدِه ، أو أمَةً كان يُصِيبُها ، فليس له أن يَتزَوَّجَ أُخْتَها حتى يَنْقَضِىَ اسْتِبْراؤُها . نَصَّ عليه أحمدُ فى أُمِّ الوَلَدِ . وقال أبو يوسفَ ، ومحمدُ بنُ الحسنِ : يَجُوزُ ؛ لأنَّها ليست بزَوْجَةٍ ، ولا فى عِدَّةٍ مِن نِكاحٍ . ولَنا ، أنَّها مُعْتَدَّةٌ منه ، فلم يَجُزْ له نِكاحُ أُخْتِها ، كالمُعْتَدَّةِ

الإنصاف

واخْتُلِفَ عنه فى عِتْقِ العَبْدِ وزَوْجَتِه ، هل يَنْفَسِخُ به النِّكاحُ ؟ على ما يأْتِى مُحَرَّرًا فى آخرِ البابِ الآتِى بعدَه .

(1) أخرجه سعيد ، فى : باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ١/٤٠٠ .

(2) بعده فى المغنى ٩/٤٧٨ : « ولأنها معتدة فى حقه ، أشبهت الرجعية » .

(3) فى م : « بها » .

(4) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

مِن نِكاحٍ أو وَطْءٍ بشُبْهَةٍ ، ولأنَّه لا يَأْمَنُ أنْ يكونَ ماؤُه في رَحِمِها ، فيكونَ داخلًا في عُمُومِ مَن جَمَع ماءَه في رَحِمِ أُخْتَيْن ، ولا يُمْنَعُ مِن نِكاحِ أرْبَعٍ سِواها . ومَنَعَه زُفَرُ . وهو غَلَطٌ ؛ لأنَّ ذلك جائِزٌ قبلَ إعْتاقِها ، فبعدَه أَوْلَى .

فصل : ولا يُمْنَعُ مِن نِكاحِ أمةٍ في عِدَّةِ حرَّةٍ بائِنٍ . ومَنَعَه أبو حنيفةَ ، كما يَحْرُمُ عليه أن يَتَزَوَّجَها في صُلْبِ نِكاحِها . ولَنا ، أنَّه عادِمٌ للطَّوْلِ ، خائِفٌ للعَنَتِ ، فأُبيحَ له نِكاحُها ؛ لقولِه تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾[1] . الآية . ولا نُسَلِّمُ أنَّه لا يَجُوزُ في صُلْبِ نِكاحِ الحُرَّةِ ، بل يَجُوزُ إذا تَحَقَّقَ الشَّرْطان .

فصل : وإن زَنَى بامرأةٍ ، فليس له أن يَتَزَوَّجَ أُخْتَها حتى تَنْقَضِيَ عِدَّتُها ، وحُكْمُ العِدَّةِ مِن الزِّنَى والعِدَّةِ مِن وَطْءِ الشُّبْهَةِ حُكْمُ العِدَّةِ مِن النِّكاحِ ، على [٦/١١٩و] ما نَذْكُرُه إن شاءَ اللهُ تعالى . فإن زَنَى بأُختِ امرأتِه ، فقال أحمدُ : يُمْسِكُ عن وَطْءِ امرأتِه حتَّى تَحِيضَ ثَلاثَ حِيَضٍ . وعنه ، حَيْضَةً . ويَحْتَمِلُ أن لا تَحْرُمَ بذلك أُخْتُها ولا أرْبَعٌ سِواها ؛ لأنَّها ليست مَنْكُوحَةً ، ومُجَرَّدُ الوَطْءِ لا يَمْنَعُ ، بدليلِ الوَطْءِ في مِلْكِ اليَمِينِ ، فإنَّه لا يَمْنَعُ أرْبَعًا سِواها .

فصل : إذا ادَّعَى الزوجُ أنَّ امرأتَه أخْبَرَتْه بانْقِضاءِ عِدَّتِها في[2] مُدَّةٍ

الإنصاف ....

(١) سورة النساء ٢٥ .

(٢) سقط من : م .

المقنع

فَصْلٌ : النَّوْعُ الثَّانِى ، مُحَرَّمَاتٌ لِعَارِضٍ يَزُولُ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ زَوْجَةِ غَيْرِهِ ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْهُ ، وَالْمُسْتَبْرِئَةُ [٢٠٦ظ] مِنْهُ ، ....

الشرح الكبير

يَجُوزُ انْقِضاؤُها فيها ، وكَذَّبَتْه ، أُبِيحَ له نِكاحُ أُخْتِها وأرْبَعٍ سِواها فى الظَّاهِرِ ، فأمّا فى الباطِنِ ، فيَنْبَنِى[1] على صِدْقِه فى ذلك ؛ لأنَّه حَقٌّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالى ، فيُقْبَلُ قَوْلُه فيه ، ولا يُصَدَّقُ فى نَفْىِ نَفَقَتِها وسُكْناها ونَفْىِ[2] النَّسَبِ ؛ لأنَّه حقٌّ لها ولوَلَدِها ، فلا يُقْبَلُ قولُه فيه . وبه قال الشافعىُّ ، وغيرُه . وقال زُفَرُ : لا يُصَدَّقُ فى شىءٍ ؛ لأنَّه قولٌ واحدٌ لا يُصَدَّقُ فى بعضِ حُكْمِه ، فلا يُصَدَّقُ فى البعضِ الآخَرِ ، قِياسًا للبعضِ على البعضِ ؛ وذلك لأنَّه لا يُمْكِنُ أن يكونَ القولُ الواحدُ صِدْقًا كَذِبًا . ولَنا ، أنَّه قولٌ يَتَضَمَّنُ إبْطالَ حقٍّ لغيرِه ، وحقًّا له لا ضَرَرَ على غيرِه فيه ، فوَجَبَ أن يُصَدَّقَ فى أحَدِهما دونَ الآخَرِ ، كما لو اشْتَرَى عبدًا ثم أقَرَّ أنَّ البائِعَ كان أعْتَقَه ، صُدِّقَ فى حُرِّيَّتِه ولم يُصَدَّقْ فى الرُّجوعِ بثَمَنِه . وكذلك لو أقَرَّ أنَّ امرأتَه أُخْتُه مِن الرَّضاعِ قبلَ الدُّخولِ ، صُدِّقَ[3] فى بَيْنُونَتِها وتَحْرِيمِها عليه ، ولم يَسْقُطْ مَهْرُها إذا كَذَّبَتْه .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (النوعُ الثانى ، مُحَرَّمَاتٌ لعارِضٍ يَزُولُ ، فيَحْرُمُ عليه نِكاحُ زَوْجَةِ غيرِه) بغيرِ خِلافٍ ؛ لقولِ اللهِ تعالى :

الإنصاف

....

(١) فى م : « فيبنى » .

(٢) فى م : « تعين » .

(٣) سقط من : الأصل .

المقنع

وَتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حَتَّى تَتُوبَ وَتَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ،.................

الشرح الكبير

﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾ (والمُعْتَدَّةُ منه) لقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَـٰبُ أَجَلَهُ ﴾[1] . (و) تَحْرُمُ (المُسْتَبْرِئَةُ منه) لذلك ، ولأنَّ تَزْوِيجَها يُفْضِى إلى اخْتِلاطِ المِياهِ واشْتِباهِ الأنْساب . وسَواءٌ فى ذلك المُعْتَدَّةُ مِن وَطْءٍ مُباحٍ أو مُحَرَّمٍ ، أو مِن غيرِ وَطْءٍ ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ أن تكونَ حامِلًا ، فلو أَبَحْنا تَزْوِيجَها لاخْتَلَطَ نَسَبُ المُتَزَوِّجِ بنَسَبِ الوَاطِئِ الأوَّلِ . ولا يَجُوزُ نِكاحُ المُرْتابَةِ بعدَ العِدَّةِ بالحَمْلِ[2] ؛ لذلك .

٣١٥١ – مسألة : (وتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حتى تَتُوبَ وتَنْقَضِيَ عِدَّتُها) إذا زَنَتِ المرأةُ ، لم يَحِلَّ نِكاحُها لمَن[3] يَعْلَمُ ذلك إلَّا بشَرْطَيْن ؛ أحَدُهما ، انْقِضاءُ عِدَّتِها بوَضْعِ الحملِ [4]إن حَمَلَتْ[4] مِن الزِّنَى ، ولا يَحِلُّ نِكاحُها قبلَ الوَضْعِ . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو يوسفَ . وهو إحدى الرِّوايَتَيْن عن أبى حنيفةَ . وقال فى الأُخْرَى : يَحِلُّ نِكاحُها ويَصِحُّ . وهو مذهبُ الشافعىِّ ؛ لأنه وَطْءٌ لا يَلْحَقُ به النَّسَبُ ، فلم يُحَرِّمِ النِّكاحَ ،

الإنصاف

قوله : وتَحْرُمُ الزَّانِيَةُ حتى تَتُوبَ وتَنْقَضِيَ عِدَّتُها . هذا المذهبُ مُطْلَقًا ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ ، ونصَّ عليه[5] . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه .

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .
(٢) فى م : « بالحل » .
(٣) بعده فى م : « لم » .
(٤ – ٤) زيادة من : الأصل .
(٥) فى الأصل : « عليهما » .

الشرح الكبير

كما لو لم تَحْمِلْ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقِي مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ »[١] . يعنى وَطْءَ الحَوامِلِ . وقولُ النبيِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ »[٢] . حديثٌ [١١٩/٦ظ] صحيحٌ ، وهو عامٌّ . ورُوِىَ عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، أنَّ رجلًا تَزَوَّجَ امرأةً ، فلمَّا أصابَها وَجَدَها حُبْلَى ، فرُفِعَ ذلك إلى النبيِّ ﷺ ففرَّقَ بينَهما ، وجَعَلَ لها الصَّداقَ ، وجَلَدَها مائةً . رَواه سعيدٌ[٣] . ورَأَى النبيُّ ﷺ امرأةً مُجِحًّا[٤] على بابِ فُسْطَاطٍ ، فقال : « لَعَلَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُلِمَّ بِهَا[٥] ؟ » قالوا : نعم . قال : « لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَلْعَنَهُ لَعْنَةً تَدْخُلُ مَعَهُ قَبْرَهُ ، كَيْفَ يَسْتَخْدِمُه وَهُوَ لا يَحِلُّ لَهُ ؟ أَمْ كَيْفَ يُوَرِّثُهُ وَهُوَ لَا يَحِلُّ لَهُ ؟ » . أخْرَجَه مسلمٌ[٦] . ولأنَّها حامِلٌ مِن غيرِه ، فحَرُمَ عليه نِكاحُها ، كسائِرِ

الإنصاف

وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . وقال فى « الانْتِصارِ » : ظاهِرُ نَقْلِ حَنْبَلٍ فى التَّوْبَةِ ، لا يَحْرُمُ تَزَوُّجُها قبلَ التَّوْبَةِ . قال ابنُ

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٩٧/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يشترى الجارية ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٦٤/٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٠٨/٤ ، ١٠٩ .

(٢) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٩٧/١ . والدارمى ، فى : باب فى استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ١٧١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٨/٣ ، ٦٢ ، ٨٧ .

(٣) فى : باب المرأة تزوج فى عدتها . سنن سعيد بن منصور ١٨٨/١ .

(٤) سقط من : م . وامرأة مجح : قريبة الولادة .

(٥) يلم بها : أى يطؤها ، وكانت حاملًا مسبية ، لا يحل جماعها حتى تضع .

(٦) تقدم تخريجه فى ٤٢٨/١٩ .

الشرح الكبير

الحَوامِلِ . وإذا ثَبَت هذا ، لَزِمَتْها العِدَّةُ ، وحَرُمَ النِّكاحُ فيها ؛ لأنَّها فى الأَصْلِ لِمَعْرِفَةِ بَراءَةِ الرَّحِمِ ، ولأنَّها قبلَ العِدَّةِ يَحْتَمِلُ أن تكونَ حامِلًا ، فلم يَصِحَّ نِكاحُها ، كالمَوْطُوءَةِ بشُبْهَةٍ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : لا عِدَّةَ عليها ؛ لأنَّه وَطْءٌ لا تَصِيرُ به فِراشًا ، فأشْبَهَ وَطْءَ الصَّغِيرِ . ولَنا ، ما ذَكَرْناه ، وإذا لم يَصِحَّ نِكاحُ الحاملِ ، فغيرُها أَوْلَى ؛ لأنَّ وَطْءَ الحاملِ لا يُفْضِى إلى اشْتِباهِ النَّسَبِ ، وغيرُها يَحْتَمِلُ أن يكُونَ وَلَدُها مِن الأوَّلِ ، ويَحْتَمِلُ أن يكونَ مِن الثانى ، فيُفْضِى إلى اشْتِباه الأنْسابِ ، فكان بالتَّحْرِيمِ أَوْلَى ، ولأنَّه وَطْءٌ فى القُبُلِ ، فأوْجَبَ العِدَّةَ ، كوَطْءِ الشُّبْهَةِ ، ولا نُسَلِّمُ وَطْءَ الصغيرِ الذى يُمْكِنُه الوَطْءُ . والشَّرْطُ الثانى ، أن تَتُوبَ مِن الزِّنَى . وبه قال قَتادَةُ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وقال أبو حنيفَةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ : لا يُشْتَرَطُ ذلك ؛ لِما رُوِىَ أنَّ عمرَ ضَرَب رجلًا وامرأةً فى الزِّنَى ، وحَرَص أن يَجْمَعَ بينَهما ، فأبَى الرجلُ[1] . ورُوِىَ أنَّ رجلًا

الإنصاف

رَجَبٍ : وأمَّا بعدَ[2] التَّوْبَةِ ، فلم أرَ مَن صرَّح بالبُطْلانِ فيه ، وكلامُ ابنِ عَقِيلٍ يدُلُّ على الصِّحَّةِ ؛ حيث خصَّ البُطْلانَ بعدَ[3] انْقِضاءِ العِدَّةِ . انتهى . وقال بعضُ الأصحابِ : لا يحْرُمُ تزَوُّجُها قبلَ التَّوْبَةِ ، إنْ نكَحَها غيرُ الزَّانِى . ذكَرَه أبو يَعْلَى الصَّغيرُ .

تنبيه : مفْهومُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّه لا يُشْتَرَطُ تَوْبَةُ الزَّانِى بها إذا نكَحَها . وهو

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٠٣/٧ ، ٢٠٤ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ٢٢٤/١ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٢٤٨/٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٥٥/٧ .

(٢) فى الأصل ، ط : « فقد » .

(٣) فى الأصل ، ط : « بفقد » .

الشرح الكبير

سأل ابنَ عباسٍ عن نِكاحِ الزَّانِيَةِ ، فقال : يجوزُ ، أرأيْتَ لو سَرَقَ مِن كَرْمٍ ، ثم ابْتاعَه ، أكان يجوزُ ؟ ولَنا ، قولُ اللهِ عزَّ وجلَّ : ﴿ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾[1] . وهى قبلَ التَّوبَةِ فى حُكْمِ الزِّنى ، فإذا تابَتْ[2] زال ذلك ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « التَّائِبُ مِنَ الذَّنْبِ كَمَنْ لَا ذَنْبَ لَهُ »[3] . وقولِه : « التَّوْبَةُ تَمْحُو الْحُوبَةَ »[4] . ورُوِىَ أنَّ مَرْثَدًا الغَنَوِىَّ دَخَل مَكَّةَ ، فرأى امرأةً فاجرةً يُقال لها : عَنَاقٌ . فَدَعَتْهُ إلى نَفْسِها ، فلم يُجِبْها ، فلمَّا قَدِمِ المدينةَ سأَلَ رسولَ اللهِ ﷺ ، فقال له : أَنْكِحُ عَنَاقًا ؟ فلم يُجِبْه ، فنزلَ قولُه تعالى : ﴿ ٱلزَّانِى لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾[5] . فدعاه رسولُ اللهِ ﷺ ، فتَلا عليه الآيةَ وقال : « لا تَنْكِحْهَا »[6] . ولأنَّها إذا كانَتْ مُقِيمَةً على الزِّنَى لم يَأْمَنْ أن تُلْحِقَ

الإنصاف

صحيحٌ ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وعنه ، يُشْتَرَطُ تَوْبَتُه . ذكَرَه ابنُ الجَوْزِىِّ عن أصحابِنا .

---

(١) سورة النور ٣ .

(٢) فى الأصل : « بانت » .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب ذكر التوبة ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢/١٤٢٠ .

(٤) الحوبة : الإثم .

والحديث أخرجه أبو نعيم ، فى : حلية الأولياء ١/٢٧٠ .

(٥) سورة النور ٣ .

(٦) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى قوله تعالى : ﴿ الزانى لا ينكح إلا زانية ﴾ من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٧٣ . والترمذى ، فى : باب ومن سورة النور ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ١٢/٤٢ - ٤٤ . والنسائى ، فى : باب تزويج الزانية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٥٤ ، ٥٥ . وصححه فى الإرواء ٦/٢٩٦ ، ٢٩٧ .

الشرح الكبير

به وَلَدًا مِن غيرِه ، وتُفْسِدَ فِراشَه . فأمَّا حديثُ عمرَ ، فالظاهِرُ أنَّه اسْتَتابَهما ، وحديثُ ابنِ عباسٍ ليس فيه بَيانٌ ، ولا تَعَرُّضَ له بمَحَلِّ النِّزاعِ . إذا ثَبَت هذا ، فعِدَّةُ الزَّانِيَةِ كعِدَّةِ المُطلَّقةِ ؛ لأنَّه اسْتِبْراءٌ لحُرَّةٍ ، [١٢٠/٦و] أشْبَهَ عِدَّةَ المَوْطُوءَةِ بشُبْهَةٍ . وحكى ابنُ أبى موسى عن أحمدَ ، أنَّها تُسْتَبْرَأُ بحَيْضَةٍ ؛ لأنَّه ليس مِن نِكاحٍ ولا شُبْهَةِ نِكاحٍ ، فأشْبَهَ اسْتِبْراءَ أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ . وأمَّا التَّوْبَةُ ، فهى الاسْتِغْفارُ والنَّدَمُ والإِقْلاعُ عن الذَّنْبِ ، كالتَّوْبَةِ مِن سائرِ الذُّنوبِ . ورُوِىَ عن ابنِ عمرَ ، أنَّه قِيلَ له : كيف تُعْرَفُ تَوْبَتُها ؟ قال : يُرِيدُها على ذلك ، فإن طاوَعَتْه فلم تَتُبْ ، وإن أبَتْ فقد تابتْ . فصار أحمدُ إلى قولِ ابنِ عمرَ اتِّباعًا له . قال شيخُنا[1] : والصحيحُ الأوَّلُ ، فإنَّه لا ينبغِى لمُسْلمٍ أن يَدْعُوَ امرأةً إلى الزِّنَى ، ويَطْلُبَه منها ، فإنَّ طَلَبَه منها إنَّما يكونُ فى خَلْوَةٍ ، [2]ولا تَحِلُّ الخَلْوَةُ[2] بأجْنَبِيَّةٍ ولو كان فى تَعْلِيمِها القرآنَ ، فكيف تحِلُّ[3] فى مُراوَدَتِها على الزِّنَى ! ثم[4] لا يَأْمَنُ إن أجابَتْه إلى ذلك أن تَعُودَ إلى المَعْصِيَةِ ، فلا

الإنصاف

فوائد ؛ الأُولَى ، تَوْبَةُ الزَّانيَةِ ، أنْ تُراوَدَ على الزِّنَى فتَمْتَنِعَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . [٢٤/٣و] نصَّ عليه . ورُوِىَ عن عُمَرَ ، وابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، ونصَرَه ابنُ رَجَبٍ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

---

(١) فى : المغنى ٥٦٤/٩ .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .
(٣) سقط من : م .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

يَحِلُّ التَّعَرُّضُ لمثلِ هذا ، ولأنَّ التَّوْبَةَ مِن سائرِ الذُّنُوبِ ، فى حَقِّ سائرِ النَّاسِ ، بالنِّسْبةِ إلى سائرِ الأحكامِ ، على غيرِ هذا الوَجْهِ ، (1)فكذلك هذا(1) .

فصل : وإذا وُجِدَ الشَّرْطان حَلَّ نِكاحُها للزَّانِى وغيرِه ، فى قولِ أكثرِ أهلِ العلمِ ؛ منهم أبو بكرٍ ، وعمرُ ، وابْنُه ، وابنُ عباسٍ ، وجابرٌ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، والحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . و(2) رُوِىَ عن ابنِ مسعودٍ ، والبَرَاءِ بنِ عازبٍ ، وعائشةَ ، أنَّها لا تَحِلُّ للزَّانِى بحالٍ ، قالوا : لا يَزَالان زَانِيَيْن ما اجْتَمَعَا ؛ لعُمُومِ الآيةِ والخَبَرِ(3) . فيَحْتَمِلُ أنَّهم أرادُوا بذلك ما كان قبلَ التَّوْبَةِ ، أو قبلَ اسْتِبْرائِها ، فيكونُ كقَوْلِنا . فأمَّا تَحْرِيمُها على الإطْلاقِ فلا يَصِحُّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ ﴾(4) . ولأنَّها مُحَلَّلَةٌ لغيرِ الزَّانِى ، فحَلَّتْ له ، كغيرِها .

الإنصاف

وقيل : تَوْبَتُها كتَوْبَةِ غيرِها ، مِنَ النَّدَمِ والاسْتِغْفارِ ، والعَزْمِ على أنْ لا تعودَ . واخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . الثَّانيةُ ، لو وَطِئَ بشُبْهَةٍ أو زِنًى ، لم يَجُزْ فى العِدَّةِ نِكاحُ أُخْتِها ، ولا يَطَؤُها إنْ كانتْ زوْجَتَه . نصَّ عليه ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفى جوازِ وَطْءِ أرْبَعٍ غيرِها والعَقْدِ عليهِنَّ وَجْهان .

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2) فى م : « وقد » .

(3) أخرجه سعيد ، فى : سننه 1/225 . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف 4/251 . كما أخرجه عن ابن مسعود وعائشة ، عبد الرزاق ، فى : المصنف 7/205 ، 206 . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى 7/156 ، 157 .

(4) سورة النساء 24 .

الشرح الكبير

فصل : فإن زَنَتِ امرأةُ رجلٍ ، أو زَنَى زَوْجُها ، لم يَنْفَسِخِ النِّكاحُ ، سَواءٌ كان قبلَ الدُّخولِ أو بعدَه ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم عطاءٌ ، والنَّخَعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسْحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن جابرِ بنِ عبدِ اللهِ ، أنَّ المرأةَ إذا زَنَتْ يُفَرَّقُ بينَهما ، وليس لها شىءٌ . وكذلك رُوِىَ عن الحسنِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أنه فَرَّقَ بينَ رجلٍ وامرأتِه ، زَنَى قبلَ أن يَدْخُلَ بها[1] . واحْتُجَّ لهم بأنَّه لو قَذَفَها ولاعَنَها بانَتْ منه ؛ لتَحَقُّقِه الزِّنَى عليها ، فدَلَّ على أنَّ الزِّنَى يُبِينُها . ولَنا ، أنَّ دَعْواه الزِّنَى عليها لا يُبِينُها ، ولو كان النِّكاحُ يَنْفَسِخُ به لانْفَسَخَ بمُجَرَّدِ دَعْواه ، كالرَّضاعِ ، ولأنَّها مَعْصِيَةٌ لا تُخْرِجُ عن الإِسلامِ ، فأشْبَهَتِ السَّرِقَةَ ، فأمَّا اللِّعانُ فإنَّه يَقْتَضِى الفَسْخَ بدُونِ الزِّنَى ، بدَليلِ أنَّها إذا لاعَنَتْه

الإنصاف

وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » فى مَوْضِعٍ ؛ أحدُهما ، لا يجوزُ . وهو الصَّحيحُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » ، وابنُ عَقِيلٍ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، واخْتارَه . والوَجْهُ الثَّانى ، يجوزُ . جزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ » ، فى مَكانٍ آخَرَ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى المَسْألَتَيْن . وقال القاضى فى « التَّعْليقِ » : يُمْنَعُ مِن وَطْءِ الأرْبَعِ ، حتى يُسْتَظْهَرَ بالزَّانِيَةِ حَمْلٌ . واسْتَبْعَدَه المَجْدُ . قال فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةَ بعدَ المِائَةِ » : وهو كما قال المَجْدُ ؛ لأنَّ التَّحْريمَ هنا لأجْلِ الجَمْعِ بينَ خَمْسٍ ، فيَكْفِى فيه أنْ يُمْسِكَ

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٥٦ .

الشرح الكبير

فقد قابَلَتْه ، فلم يَثْبُتْ زِناها ، ولذلك أوْجَبَ النبىُّ ﷺ الحَدَّ على مَن قَذَفَها ، والفَسْخُ واقِعٌ ، ولكنَّ أحمدَ اسْتَحَبَّ للزَّوْجِ مُفارَقَةَ امرأتِه إذا زَنَتْ ، وقال : لا أرَى أن يُمْسِكَ مثلَ هذه ؛ لأنَّه [٦/١٢٠ظ] لا يُؤْمَنُ أن تُفْسِدَ فِراشَه ، وتُلْحِقَ به وَلَدًا ليس منه . قال ابنُ المُنْذِرِ : لَعَلَّ مَن كَرِهَ هذه المرأةَ إنَّما كَرِهَها على غيرِ وجْهِ التَّحْرِيمِ ، فيكونُ مثلَ قولِ أحمدَ . ولا يَطَؤُها حتى يَسْتَبْرِئَها بثلاثِ حِيَضٍ ؛ لِمَا رَوَى رُوَيْفِعُ بنُ ثابتٍ ، قال : سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يقولُ [(١)] يَوْمَ حُنَيْنٍ : « لَا يَحِلُّ لامْرِئٍ يُؤْمِنُ باللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ [(١)] يَسْقِى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِه » . يَعْنِى إتْيانَ الحَبالَى . ولأنَّها ربَّما تأْتِى بوَلَدٍ مِن الزِّنَى فيُنْسَبُ إليه . والأَوْلَى أنَّه يَكْفِى اسْتِبْراؤُها[(٢)] بحَيْضَةٍ واحدَةٍ ؛ لأنَّها تكْفِى فى اسْتِبْراءِ الإماءِ ، وفى أُمِّ الوَلَدِ إذا عَتَقَتْ بمَوْتِ سَيِّدِها أو بإعْتاقِه ، فكَفَى هٰهُنا ، ولأنَّ المَقْصُودَ مُجَرَّدُ الاسْتِبْراءِ ، وقد حَصَل بحَيْضَةٍ ، فاكْتُفِى بها .

الإنصاف

عن واحدَةٍ منهُنَّ حتى يسْتَبْرِئَ . وصرَّح به صاحِبُ « التَّرْغيبِ » . ويأْتِى فى نِكاحِ الكُفَّارِ ، لو أسْلَم على أكْثَرَ مِن أرْبَعِ نِسْوَةٍ ، فاخْتارَ أرْبَعًا ، هل يعْتَزِلُ المُخْتاراتِ حتى تنْقَضِىَ عِدَّةُ المُفارَقاتِ ، أم لا ؟ الثَّالثةُ ، يجوزُ فى مُدَّةِ اسْتِبْراءِ العَتِيقَةِ نِكاحُ أرْبَعٍ سِواها . قالَه القاضى فى « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وابنُ المَنِّىِّ . ونَصَرَه أبو الخَطَّابِ فى « خِلافِه الصَّغِيرِ » ، كما قبلَ العِتْقِ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وزادَ الأَمَةَ . وقيل : لا يجوزُ . الْتَزَمه القاضى فى « التَّعْليقِ » فى

(١ - ١) فى م : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا » .
والحديث تقدم تخريجه فى صفحة ٣٣٦ .
(٢) فى م : « أن يستبرئ » .

المقنع ....

الشرح الكبير

فصل : إذا عَلِمَ الرجلُ مِن أمَتِه الفُجُورَ ، فقال أحمدُ : لا يَطَؤُها ؛ لَعَلَّها[1] تُلْحِقُ به ولدًا ليس منه . قال ابنُ مسعودٍ : أَكْرَهُ أن أطَأَ أَمَتِى وقد بَغَتْ[2] . وروَى مالكٌ[3] ، عن يَحْيَى بن سعيدٍ ، عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ ، أنَّه كان يَنْهَى أن يَطَأَ الرجلُ أَمَتَه وفى بَطْنِها ولدٌ جَنِينٌ لغيرِه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[4] : هذا مُجْمَعٌ على تَحْرِيمِه . وكان ابنُ عباسٍ يُرَخِّصُ

الإنصاف

مَوْضِعٍ ؛ قِياسًا على المَنْعِ مِن تَزَوُّجِ أُخْتِها . الرَّابعةُ ، لو وُطِئَتِ امْرَأَةٌ بشُبْهَةٍ ، حَرُمَ نِكاحُها فى العِدَّةِ لغيرِ الواطِئِ ، بلا نِزاعٍ ، فلو خالَفَ وفَعَل ، لم يصِحَّ ، ويُباحُ له بعدَ انْقِضاءِ العِدَّةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، إنْ نكَح مُعْتَدَّةً مِن زَوْجٍ بِنِكاحٍ فاسِدٍ ، ووَطْءٍ ، حَرُمَتْ عليه أبدًا . وأمَّا للواطِئِ ؛ فعنه ، تحْرُمُ عليه إنْ كانتْ[5] قد لَزِمَتْها عِدَّةٌ مِن غيرِه ، وإلَّا أُبِيحَتْ . قال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » : وهو أصحُّ[6] . قال فى « الفُروعِ » : وهى أشْهَرُ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . قال الزَّرْكَشِىُّ فى العِدَدِ[7] : وعلى هذا الأصحابُ كافَّةً ، ما عدا أبا محمدٍ . وعنه ، تُباحُ له مُطْلَقًا . ذكَرَها الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، واخْتارَه

---

(1) بعده فى م : « أن » .

(2) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧ / ٢٠٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٥٨ .

(3) فى : باب ما لا يجمع بينه من النساء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/٥٣٢ .

(4) فى : التمهيد ١٨/٢٧٩ .

(5) فى الأصل ، ط : « كان » .

(6) سقط من : الأصل .

(7) فى الأصل : « العدة » .

المقنع

وَمُطَلَّقَتُهُ ثَلاثًا حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ، وَالْمُحْرِمَةُ حَتَّى تَحِلَّ .

الشرح الكبير

فى وَطْءِ الأَمَةِ الفاجِرَةِ[1] . ورُوِىَ ذلك عن سعيدِ بن المُسَيَّبِ . ولَعَلَّ مَن كَرِه ذلك كَرِهَه قبلَ الاسْتِبْراءِ ، أو[2] إذا لم يُحَصِّنْها ويَمْنَعْها مِن الفُجُورِ ، ومَن أباحَهُ ، أباحَه بعدَهما ، فيكونُ القَولان مُتَّفِقَيْن . واللهُ أعلمُ .

٣١٥٢ – مسألة : (و) تَحْرُمُ (مُطَلَّقَتُه ثَلاثًا حتى تَنْكِحَ زَوْجًا غيرَه) لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾[3] . بعد قولِه : ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ﴾[4] . وسَنَذْكُرُ هذا فى بابِ الرَّجْعَةِ ، بأَبْسَطَ مِن هذا ، إن شاءَ اللهُ تعالى .

٣١٥٣ – مسألة : (و) تَحْرُمُ (المُحْرِمَةُ حتى تَحِلَّ) يَحْرُمُ نِكاحُ المُحْرِمَةِ ، ويَحْرُمُ على المُحْرِمِ أن يَعْقِدَ النِّكاحَ فى حالِ إحْرامِه ، فإن

الإنصاف

هو ، والمُصَنِّفُ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . فيكونُ هذا المذهبَ ، على ما اصْطَلَحْناه فى الخُطْبَةِ ، لكِنَّ الأصحابَ على خِلافِه . وعنه ، لا تُباحُ له مُطْلَقًا حتى تفرَغَ عِدَّتُها . ذكَرَها فى « المُحَرَّرِ » ، وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . قال فى « الكافِى » : ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ تحْرِيمُها على الواطِئِ . قال المُصَنِّفُ : وهو قِياسُ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : وفى هذا القِياسِ نظَرٌ . وأَطْلَقَهُنَّ فى

(١) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب الرجل يطأ جارية بغيا ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٢٠٨ . وسعيد ابن منصور ، فى : باب الرجل تكون له الأمة الفاجرة فتحصنه ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/٥٨ ، ٥٩ .
(٢) سقط من : م .
(٣) سورة البقرة ٢٣٠ .
(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

المقنع

وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمَةٍ نِكَاحُ كَافِرٍ بِحَالٍ ، وَلَا لِمُسْلِمٍ نِكَاحُ كَافِرَةٍ ، إِلَّا حَرَائِرَ أَهْلِ الْكِتَابِ ، ....

الشرح الكبير

عَقَد أحَدٌ نِكاحًا لمُحْرِمٍ أو على مُحْرِمَةٍ ، أو عَقَد المُحْرِمُ نِكاحًا لنفسِه أو لغيرِه ، لم يَصِحَّ ؛ لقولِ النبيِّ ﷺ : « لَا يَنْكِحُ المُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكِحُ ، وَلَا يَخْطُبُ » . رَواه مسلمٌ[1] . وعنه ، أنَّ عَقْدَ المُحْرِمِ النِّكاحَ لغيرِه صحيحٌ ؛ لأنه حَرُمَ عليه ، لكَوْنِه مِن دَواعِى الوَطْءِ ، ولا يَحْصُلُ ذلك بكونِه وَلِيًّا . والأَوَّلُ أوْلَى ؛ لعُمومِ الخَبَرِ . وقد ذَكَرْنا هذه المسألَةَ فى الحَجِّ ، وذكرنا الاخْتِلافَ فيها .

٣١٥٤ - مسألة : (ولا يَحِلُّ لمُسْلِمَةٍ نِكاحُ كافِرٍ بحالٍ) لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾[2] . ولقولِه سبحانه : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ ﴾[3] . ولا نَعْلَمُ خِلافًا فى ذلك .

٣١٥٥ - مسألة : (ولا) يَحِلُّ (لمُسْلِمٍ نِكاحُ كافِرَةٍ بحالٍ ، إلَّا حَرائِرَ أهْلِ الكِتابِ) ليس بينَ أهلِ العلمِ ، بحمدِ اللهِ ، اخْتِلافٌ فى حِلِّ حَرائِرِ[4] أهلِ الكتابِ للمُسْلِمِ ، ومِمَّن رُوِىَ عنه ذلك ؛ عمرُ ،

الإنصاف

« الفُروعِ » . ويأْتِى بعضُ ذلك فى العِدَّةِ ، عندَ قوْلِه : وإنْ أصابَها بشُبْهَةٍ .

قوله : ولا يحِلُّ لمُسْلِمٍ نِكاحُ كافِرَةٍ ، إلَّا حَرائرَ أهْلِ الكِتابِ . شَمِلَ

(١) تقدم تخريجه فى ٨/٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢١ .

(٣) سورة الممتحنة ١٠ .

(٤) فى م : « نساء » .

الشرح الكبير

وعثمانُ ، وطلحةُ ، وحذيفةُ ، وسلمانُ ، وجابرٌ ، وغيرُهم . [٦/١٢١و] قال ابنُ المُنْذِرِ : لا يَصِحُّ عن أحدٍ مِن الأوائلِ أنَّه حَرَّمَ ذلك . ورَوَى الخَلَّالُ بإسنادِه ، أنَّ حُذَيْفَةَ ، وطلحة ، والجارودَ بنَ المُعَلَّى ، وأُذَيْنَةَ العَبْدِيَّ ، تزَوَّجوا نساءً مِن أهلِ الكتابِ . وبه قال سائِرُ أهلِ العلمِ ، ولم يُنْقَلْ تَحْرِيمُه إلَّا عن الإمَامِيَّةِ ، تَمَسُّكًا بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ ﴾ . و : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ ﴾ . إلى قولِه : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾(١) . وإجْماعُ الصحابةِ . فأمَّا قولُه سبحانَه : ﴿ وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ ﴾ . فرُوِىَ عن ابنِ عباسٍ ، أنَّها نُسِخَتْ بالآيةِ التى فى سورةِ المائِدَةِ . وكذلك يَنْبَغِى أن يكونَ ذلك فى الآيةِ الأُخْرَى ؛ لأنَّهما مُتَقَدِّمتان ، والآيَةُ التى فى المائِدَةِ مُتأَخِّرَةٌ عنهما . وقال آخرون : ليس هذا نَسْخًا ، فإنَّ لَفْظَةَ

الإنصاف

مَسْألتَيْن ؛ إحْداهما ، حَرائرُ أهْلِ الكِتابِ ، وهما قِسْمان ؛ ذِمِّيَّاتٌ ، وحَرْبِيَّاتٌ ، فالذِّمِّيَّاتُ يُبَحْنَ ، بلا نِزاعٍ فى الجُمْلَةِ . وأمَّا الحَرْبِيَّاتُ ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ حِلُّ نِكاحِهِنَّ مُطْلَقًا . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الفُروعِ » . واخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » وغيرِه . وقيل : يحْرُمُ نِكاحُ الحَرْبِيَّةِ مُطْلَقًا . وقدَّمه فى « الرِّعايةِ الكُبْرى » . وأطْلَقَهما فى « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل : يجوزُ فى دارِ الإسْلامِ لا فى دارِ الحَرْبِ ، وإنِ اضْطُرَّ . وهو مَنْصوصُ الإمامِ

(١) سورة المائدة ٥ .

الشرح الكبير

المُشْرِكين (١)بإطلاقِها ، لا تَتَناوَلُ أهلَ الكتابِ ، بدليلِ قولِه سبحانه : ﴿ لَمْ يَكُنِ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ(١) مُنفَكِّينَ ﴾(٢) . وقال : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ وَٱلْمُشْرِكِينَ ﴾(٣) . وقال : ﴿ لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ ٱلنَّاسِ عَدَٰوَةً لِّلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوا۟ ﴾(٤) . وقال : ﴿ مَا يَوَدُّ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَـٰبِ وَلَا ٱلْمُشْرِكِينَ ﴾(٥) . وسائِرُ آيِ(٦) القرآنِ يَفْصِلُ بينَهما(٧) ، فدَلَّ على أنَّ لَفْظَةَ المشركين بإطلاقِها لا تَتَناوَلُ أهلَ الكتابِ خاصَّةً(٨) ، وهذا مَعْنَى قولِ سعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، وقَتادَةَ ، ولأنَّ ما احْتَجُّوا به عامٌّ فى كلِّ كافِرَةٍ(٩) ، (١٠)وآيَتُنا خاصَّةٌ(١٠) فى حِلِّ(١١) نساءِ أهلِ الكتابِ ، والخاصُّ يَجِبُ

الإنصاف

أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى غيرِ رِوايَةٍ ، واخْتِيارُ ابنِ عَقِيلٍ . وقيل : بالجوازِ فى دارِ الحَرْبِ مع الضَّرُورَةِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو اخْتِيارُ طائفةٍ مِنَ الأصحابِ ، ونصَّ عليه الإمامُ أحمدُ أيضًا . وقال المُصَنِّفُ : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) سورة البينة ١ .
(٣) سورة البينة ٦ .
(٤) سورة المائدة ٨٢ .
(٥) سورة البقرة ١٠٥ .
(٦) سقط من : الأصل .
(٧) فى الأصل : « بينهم » .
(٨) سقط من : م .
(٩) فى النسختين : « كافر » . والمثبت من المغنى ٩/٥٤٦ .
(١٠ - ١٠) فى م : « وما بينا خاص » .
(١١) فى الأصل : « كل » .

الشرح الكبير

تَقْدِيمُه . إذا ثَبت هذا ، فالأَوْلَى أن لا يَتَزَوَّجَ كِتابِيَّةً ؛ لأنَّ عمرَ قال للَّذين تَزَوَّجُوا نساءً مِن[1] أهلِ الكتابِ : طَلِّقُوهُنَّ . فَفَعَلُوا إلَّا حُذَيْفَةَ ، فقال له عمرُ : طَلِّقْها . قال : أتَشْهَدُ أنَّها حرامٌ ؟ قال : هى جَمْرَةٌ[2] ، طَلِّقْها . قال : تَشْهَدُ أنَّها حرامٌ ؟ قال : هى جَمْرةٌ[2] . قال : قد عَلِمْتُ أنَّها جَمْرةٌ[2] ، ولكنَّها لى حلالٌ . فلما كان بعدُ طَلَّقَها ، فقِيلَ له : ألَا طَلَّقْتَها حينَ أمَرَكَ عمرُ ؟ قال : كَرِهْتُ أن يَرَى النَّاسُ أنِّى رَكِبْتُ أمْرًا لا يَنْبَغِى لى[3] . ولأنَّه رُبَّما مالَ إليها قَلْبُه[4] فَفَتَنَتْه ، ورُبَّما كان بينَهما وَلَدٌ فيَمِيلُ إليها .

فصل : وأهْلُ الكتابِ الذينَ هذا حُكْمُهم ، أهلُ التَّوْراةِ والإنْجيلِ ، قال اللهُ تعالى : ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَـٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾[5] . فأهلُ التَّوْراةِ اليَهُودُ والسَّامِرَةُ ، وأهلُ الإنْجيلِ النَّصارَى ومَن وافَقَهم مِن [6]الإفْرنجِ و[6] الأرْمَنِ ، وغيرِهم . وأمّا الصَّابِئُونَ فاخْتَلَفَ فيهم السَّلَفُ كثيرًا ، فرُوِىَ عن أحمدَ أنَّهم جِنْسٌ مِن النَّصارَى .

الإنصاف

فى الأَسِيرِ المَنْعُ . وتقدَّم فى أوائلِ كتابِ النِّكاحِ[7] : هل يَتَزَوَّجُ بدارِ الحَرْبِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « حرة » .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/٧٨ ، ٧٩ ، ٧/١٧٦ ، ١٧٧ . وانظر ما أخرجه سعيد ، فى : سننه ١/١٩٣ ، ١٩٤ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٥٨ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٧٢ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة الأنعام ١٥٦ .

(٦ - ٦) سقط من : م .

(٧) تقدم فى صفحة ٢٣ .

الشرح الكبير

ونَصَّ عليه الشافعيُّ ، وعَلَّقَ القولَ فيهم فى موضعٍ آخَرَ . وعن أحمدَ قال : بَلَغَنِى أنَّهم يَسْبِتُونَ ، فهؤلاءِ إذًا يُشْبِهُون اليَهُودَ . والصحيحُ فيهم أنَّهم إن[1] كانوا يُوافِقون اليهودَ أو النَّصارَى فى أصْلِ دِينِهم ، ويُخالِفُونَهم فى فُرُوعِه[2] ، فهم مِمَّن وَافَقُوه[3] ، وإن خَالفُوهم فى أصلِ الدِّينِ ، فليس هم منهم . فأمّا مَن سِوَى هؤلاء مِن الكفارِ ، مثلَ المُتَمَسِّكِ بصُحُفِ إبراهيمَ وشِيثٍ ، [٦/١٢١ظ] وزَبُورِ دَاودَ ، فليسوا بأهلِ كتابٍ ، لا تَحِلُّ مُناكَحَتُهم ولا ذَبائِحُهُم . وهذا قولُ الشافعيِّ . وذَكَر القاضى فيه وَجْهًا آخَرَ ، أنَّهم مِن أهلِ الكتابِ ، تَحِلُّ ذَبائِحُهُم ، ونِكاحُ نسائِهم ، ويُقَرُّونَ بالجِزْيَةِ ؛ لأنَّهم تَمَسَّكُوا بكتابٍ مِن كُتُبِ اللهِ ، فأشْبَهوا اليهودَ والنَّصارَى . [4]ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ أَن تَقُولُوٓاْ إِنَّمَآ أُنزِلَ ٱلْكِتَٰبُ عَلَىٰ طَآئِفَتَيْنِ مِن قَبْلِنَا ﴾ . ولأنَّ تلك الكُتُبَ كانت مواعِظَ وأمْثَالًا ، [5]لا أحكامَ فيها[5] ، فلم يَثْبُتْ لها حكمُ الكُتُبِ المُشْتَمِلَةِ على الأحْكامِ[4] .

الإنصاف

للضَّرُورَةِ ، أمْ لا ؟ وقال ناظِمُ « المُفْرَداتِ » : إذا كانتِ الكافِرَةُ أُمُّها حَرْبِيَّةٌ ، [٣/٢٤ظ] لم يُبَحْ نِكاحُها . فعلى المذهبِ ، الأوْلَى تركُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : يُكْرَهُ . اختارَه القاضى ، والشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وقال : هو قَوْلُ أكْثَرِ

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) فى الأصل : « فروعهم » .
(٣) فى م : « وافقوهم » .
(٤ - ٤) سقط من : الأصل .
(٥ - ٥) فى م : « فيها أحكام » . والمثبت من المغنى ٩/٥٤٧ .

الشرح الكبير

فصل : فأَمَّا المَجُوسُ ، فليس لهم كتابٌ ، ولا تَحِلُّ ذَبائِحُهم ، ولا نِكاحُ نسائِهم . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو قولُ عامَّةِ العلماءِ ، إلَّا أبا ثَوْرٍ ، فإنَّه أباحَ ذلك ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ »[1] . ولأنَّه يُرْوَى أنَّ حُذَيْفَةَ تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً[2] . ولأنَّهم يُقَرُّونَ بالجِزْيَةِ ، فأَشْبَهُوا اليهودَ والنَّصارَى . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ ﴾[3] . وقولُه : ﴿ وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾[4] . فخصَّ[5] مِن[6] ذلك أهلَ الكِتابِ ، فمَن عدَاهُم يَبْقَى على العُمُومِ ، ولم يَثْبُتْ أنَّ للمَجُوسِ كتابًا . وسُئِلَ أحمدُ : أيَصِحُّ[7] أنَّ للمَجُوسِ كِتابًا ؟ فقال : هذا باطلٌ . واسْتَعْظَمَه جدًّا . ولو ثَبَت أنَّ لهم كِتابًا ، فقد بَيَّنَّا أنَّ

الإنصاف

العُلَماءِ ، كذَبائِحِهم بلا حاجَةٍ . والمَسْأَلَةُ الثَّانيةُ ، حَرائرُ غيرِ أَهْلِ الكِتابِ ، فلا يحِلُّ نِكاحُهُنَّ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . جزَم به فى « الكافِى » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » وغيرِه . وذكَر القاضى وَجْهًا ، أنَّ مَن دانَ بصُحُفِ شِيثَ ، وإبراهِيمَ ، والزَّبُورِ ، تحِلُّ نِساؤُهم ، ويُقَرُّون بالجِزْيَةِ[8] ،

---

(١) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب جزية أهل الكتاب والمجوس ، من كتاب الزكاة . الموطأ ١/٢٧٨ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/١٧٣ ، وقال : فهذا غير ثابت ، والمحفوظ عن حذيفة أنه نكح يهودية .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

(٤) سورة الممتحنة ١٠ .

(٥) فى الأصل : « فرخص » .

(٦) سقط من : م .

(٧) بعده فى المغنى ٩/٥٤٨ : « عن على » . وانظر ما تقدم فى ١٠/٣٩٦ ، ٣٩٧ .

(٨) فى الأصل ، ط : « الحرية » .

الشرح الكبير

حُكْمَ أهلِ الكتابِ لا يَثْبُتُ لغيرِ[1] أهلِ الكِتابَيْن . وقولُه عليه الصلاةُ والسلامُ : « سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ » . دليلٌ على أنَّه لا[2] كِتابَ لهم ، وإنَّما أرادَ النبيُّ ﷺ فى حَقْنِ دِمائِهم وإقْرارِهم بالجِزْيَةِ لا غيرُ ، وذلك أنَّهم لمّا كانت لهم شُبْهَةُ كتابٍ ، غُلِّبَ ذلك فى تَحْرِيمِ دِمائِهم ، فيجِبُ أن يُغَلَّبَ حُكْمُ التَّحْرِيمِ لنسائِهم وذبائِحِهم ، فإنَّا إذا غَلَّبْنا الشُّبْهَةَ فى التَّحريمِ ، فتَغْلِيبُ الدليلِ الذى عارضَتْه الشُّبْهَةُ فى التَّحريمِ أوْلَى ، ولم يَثْبُتْ أنَّ حُذَيْفَةَ تزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً ، [3]وضَعَّفَ أحمدُ روايةَ مَن روَى عن حُذَيْفَةَ أنَّه تزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً[3] ، وقال : أبو وائِلٍ يقولُ : تَزَوَّجَ بيَهُودِيَّةٍ . وهو أوْثَقُ مِمَّن روَى عنه أنَّه تَزَوَّجَ مَجُوسِيَّةً . وقال ابنُ سيرينَ : كانتِ امرأةُ حُذَيْفَةَ نَصْرَانِيَّةً . ومع[4] تعارُضِ الرِّواياتِ لا يَثْبُتُ حكمُ إحداهُنَّ إلَّا بتَرْجيحٍ ، ولو ثَبَت عن حُذَيْفَةَ ، لم يَجُزْ الاحْتِجاجُ به مع مُخالَفَةِ الكِتابِ وقولِ سائِرِ العلماءِ . وأمّا إقْرارُهم بالجِزْيَةِ ، فلأنَّنا غَلَّبْنا حكمَ التَّحْريمِ [5]لدِمائِهم ، فيَجِبُ أن نُغَلِّبَ حُكْمَ التَّحْريمِ[5] فى ذَبائِحِهم ونسائِهم .

الإنصاف

كأهْلِ الكِتابَيْن .

---

(1) فى م : « بغير » .
(2) سقط من : م .
(3 - 3) سقط من : م .
(4) فى الأصل : « وقع » .
(5 - 5) سقط من : الأصل .

المقنع

فَإِنْ كَانَ أَحَدُ أَبَوَيْهَا غيرَ كِتَابِىٍّ ، أَوْ كَانَتْ مِنْ نِسَاءِ بَنِى تَغْلِبَ ، فَهَلْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٥٦ – مسألة : (فإن كان أحَدُ أبوَيْها غيرَ كِتابِىٍّ ، أو كانت مِن نِساءِ بَنِى تَغْلِبَ ، فهل تَحِلُّ) له ؟ (على رِوايَتَيْن) إذا كان أحدُ أبوَىِ الكافِرَةِ كِتابِيًّا والآخرُ غيرَ كِتابِىٍّ ، لم يَحِلَّ نِكاحُها ، فى إحْدَى الرِّوايَتَيْن . اخْتارَها الخِرَقِىُّ ، سَواءٌ كان وَثَنِيًّا أو مَجُوسِيًّا أو مُرْتَدًّا . وبهذا قال الشافعىُّ فيما إذا كان الأبُ غيرَ كتابِىٍّ ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَنْتَسِبُ إلى أبيه ، ويَشْرُفُ بشَرَفِه ، ويَنْتَسِبُ إلى قَبِيلَتِه ، وإن كانتِ الأمُّ . فله فيه قَوْلان . ولَنا ، أنَّها غيرُ مُتَمَحِّضَةٍ مِن أهلِ الكتابِ ، أشْبَهَ ما لو كان أبوها وَثَنِيًّا ، [٦/١٢٢و] ولأنَّها مُتَوَلِّدَةٌ بينَ مَن يَحِلُّ وبينَ[1] مَن لا يَحِلُّ ، [2]فلم يَحِلَّ[2] ،

الإنصاف

قوله : فإنْ كان أحَدُ أبَوَيها غيرَ كِتابَىٍّ ، فهل تحِلُّ ؟ على روايتَيْن . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ إحْداهما ، لا تحِلُّ . وهى المذهبُ . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، وأبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » ، و « المُقْنِعِ » ، وابنُ أبى مُوسى ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، وأبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ ، وابنُ البَنَّا ، والمُصَنِّفُ فى « الكافِى » ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . قال فى « الفُروعِ » : والأَشْهَرُ تحْريمُ مُناكَحَتِه . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

(١) سقط من : م .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كالسِّمْعِ[1] والبَغْلِ . وفيه رِوايةٌ ثانيةٌ ، أنَّها تَحِلُّ بكلِّ حالٍ ؛ لدخُولِها فى عُمُومِ الآيةِ المُبيحَةِ ، ولأنَّها كِتابِيَّةٌ ، فأشْبَهَتْ مَن أبَواها كِتابيَّان . وعلى هذا ، فالحُكْمُ فى مَن أبَواها غيرُ كِتابيَّيْن ، كالحكمِ فى مَن أحَدُ أبَوَيْها

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، تحِلُّ . ذكَرَها كثيرٌ مِنَ الأصحابِ . وحَكاها فى « المُغْنِى » احْتِمالًا . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولم أرَ عنِ الإمامِ أحمدَ بذلك نصًّا . قلتُ : لا يلْزَمُ مِن عدَمِ رُؤْيَتِه أنْ لا يكونَ فيها نصٌّ ، فقد أثْبَتَها الثِّقاتُ . وحكَى ابنُ رَزِينٍ رِوايَةً ثالثةً ، إنْ كان أبُوها كِتابِيًّا أُبِيحَتْ[2] ، وإلَّا فلا . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وهو خَطَأٌ .

تنبيهان ؛ أحدُهما ، مَحَلُّ الخِلافِ فيما إذا كان أحدُ أبوَيْها غيرَ كِتابِىٍّ ، إذا اخْتارَتْ هى دِينَ أهْلِ الكِتابِ . أمَّا إنِ اخْتارَتْ غيرَه ، فلا تُباحُ ، قوْلًا واحدًا . الثَّانِى ، فعلى كلا الرِّوايتَيْن فى أصْلِ المَسْألَةِ ، لو كان أبَواها غيرَ كِتابيَّيْن واخْتارَتْ هى دِينَ أهْلِ الكِتابِ ، فظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا التَّحْريمُ ، رِوايَةً واحِدَةً . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل عنه : لا تحْرُمُ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، على الرِّوايَةِ الثَّانيةِ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، اعْتِبارًا بنَفْسِه ، وقال : هو المَنْصوصُ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى عامَّةِ أجْوِبَتِه . قلتُ : وهو الصَّوابُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا ينْكِحُ مَجُوسِىٌّ كِتابِيَّةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

---

(1) السمع : ولد الذئب من الضبع .

(2) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

غيرُ كتابيٌّ ؛ لأنَّها إذا حَرُمَتْ بكونِ أحدِ أبَوَيْها وَثنيًّا ، فلأن تَحْرُمَ إذا كانا وَثنِيَّيْن أوْلَى . وعلى الرِّوايةِ التى تقولُ : لا تَحْرُمُ . فهو مُتَحقِّقٌ وإن كان أبَوَاها وَثنِيَّيْن ، اعْتِبارًا بحالِ نَفْسِها دونَ أبَوَيْها .

فصل : فإن كانت مِن نِسَاءِ بَنِى تَغْلِبَ ، ففيها أيضًا روايتان ؛ إحْدَاهما ، تَحِلُّ . وهى أصَحُّ ؛ لدُخُولِها فى قولِه تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ

الإنصاف

نصَّ عليه . وقيل : بلى . وينْكِحُ كِتابِىٌّ مَجُوسِيَّةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا ينْكِحُها . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . الثَّانيةُ ، لو ملَك كِتابِىٌّ مَجُوسِيَّةً ، فله وَطْؤُها على الصَّحيحِ . قدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » . وقيل : لا يجوزُ له ذلك .

قوله : أو كانَتْ مِن نِسَاءِ بَنِى تَغْلِبَ ، فهل تَحِلُّ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبُوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِيَيْــن » ، و « الخِرَقِىِّ » . ذكَرَه أكثرُهم فى بابِ عَقْدِ الذِّمَّةِ ؛ إحْداهما ، تحِلُّ . وهو المذهبُ بلا رَيْبٍ . صحَّحه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « التَّصْحيحِ » . قال المُصَنِّفُ ، تَبَعًا لإبْراهِيمَ الحَرْبِىِّ : هذه الرِّوايَةُ آخِرُ قوْلَيْه . وهو ظاهِرُ ما قطَع به فى « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا تحِلُّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذه الرِّوايَةُ أشْهَرُ عندَ الأصحابِ .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ نِساءَ العرَبِ ، مِن اليَهُودِ والنَّصارَى ، غيرَ بَنِى تَغْلِبَ ، يحِلُّ نِكاحُهُنَّ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : حُكْمُهُنَّ حُكْمُ نِساءِ بَنِى تَغْلِبَ .

المقنع

وَلَيْسَ لِلْمُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا نِكَاحُ أَمَةٍ كِتَابِيَّةٍ . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ .

الشرح الكبير

أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ ﴾[1] . وهم اليهودُ والنَّصارَى . والثانيةُ ، تَحْرُمُ نِساءُ بَنِى تَغْلِبَ ؛ لأنَّا لا نَعْلَمُ دُخُولَهم فى دِينِهم قبلَ تبْدِيلِ كِتابِهم .

فصل : وسائرُ الكفَّارِ غيرُ أهلِ الكتابِ ، كمَن عَبَد ما اسْتَحْسَنَ مِن الأصنامِ والأحجارِ والشَّجَرِ والحيوانِ ، فلا خِلافَ بينَ أهلِ العلمِ فى تَحْرِيمِ نِسائِهم وذبائِحِهم ؛ وذلك لِما ذَكَرْنا مِن الآيَتَيْن ، وعَدَمِ المُعارِضِ لهما . والمُرْتَدَّةُ يَحْرُمُ نِكاحُها على أىِّ دِينٍ كانت ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لها حكمُ أهلِ الدِّينِ الذى انْتَقَلَتْ إليه بإقْرارِها عليه ، ففى حِلِّها أوْلَى .

٣١٥٧ – مسألة : (وليس للمُسْلِمِ وإن كان عَبْدًا نِكاحُ أمَةٍ كِتابِيَّةٍ . وعنه ، يَجُوزُ) ظاهرُ مذهبِ أحمدَ أنَّ ذلك لا يَجُوزُ ، رَواه عنه جماعةٌ . وهو قولُ الحسنِ ، والزُّهْرِىِّ ، ومَكْحُولٍ ، ومالكٍ ،

الإنصاف

جزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وتقدَّم قريبًا مِن ذلك ، فى بابِ عَقْدِ الذِّمَّةِ[2] .

قوله : [٣/٢٥و] وليس للمُسْلِمِ وإنْ كان عَبْدًا نِكاحُ أَمَةٍ كِتابِيَّةٍ . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ أكثرِ مِن عِشْرين

---

(١) سورة المائدة ٥ .

(٢) انظر ١٠/٣٩٦ .

الشرح الكبير

والشافعيِّ ، والثَّورىِّ ، والأوْزاعِىِّ ، واللَّيْثِ ، وإسحاقَ . ورُوِىَ ذلك عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، ومجاهدٍ . وقال أبو مَيْسَرَةَ ، وأبو حنيفةَ : يجوزُ للمُسْلِمِ نِكاحُها ؛ لأنَّها تَحِلُّ بمِلْكِ اليَمِينِ ، فحَلَّتْ بالنِّكاحِ ، كالمُسْلمَةِ . ونُقِلَ ذلك عن أحمدَ ، قال : لا بَأْسَ بتَزْوِيجِها . إلَّا أنَّ الخَلَّالَ رَدَّ هذه الرِّوايةَ وقال : إنَّما تَوَقَّفَ أحمدُ فيها ، ولم يَنْفُذْ له قولٌ ، ومَذْهَبُه أنَّها لا تَحِلُّ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾[1] . فشَرَطَ فى إباحَةِ نِكاحِهِنَّ الإيمانَ ، ولم يُوجَدْ ، وتُفارِقُ المُسْلِمَةَ ؛ لأنَّه لا يُؤَدِّى إلى اسْترقاقِ الكافرِ وَلَدَها ، لأنَّ الكافِرَ لا يُقَرُّ مِلْكُه على مُسْلِمَةٍ ، والكافرةُ تكونُ مِلْكًا لكافرٍ ، ويُقَرُّ مِلْكُه عليها ، ووَلَدُها مَمْلُوكٌ لسَيِّدِها ، ولأنَّه [2]قد اعْتَوَرَها[2] نَقْصان ؛ نَقْصُ الكُفْرِ والمِلْكِ ، فإذا اجْتَمَعَا مَنَعَا ، كالمَجُوسِيَّةِ لَمَّا اجْتَمَعَ فيها نَقْصُ الكُفْرِ[3] وعَدَمُ الكِتابِ ، لم يُبَحْ نِكاحُها . ولا فَرْقَ بينَ الحُرِّ والعَبْدِ فى تَحْرِيمِ نِكاحِها ؛ لعُمُومِ ما ذَكَرْنا مِن الدليلِ ، ولأنَّ ما حَرُمَ على الحُرِّ تَزْوِيجُه[4] مِن أجْلِ دِينِه ، حَرُمَ على العَبْدِ ، كالمَجُوسِيَّةِ .

الإنصاف

نفْسًا . قالَه أبو بَكْرٍ . وعنه ، يجوزُ . وردَّها الخَلَّالُ ، وقال : إنَّما توَقَّفَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فيها ، ولم يَنْفُذْ له قَوْلٌ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) سورة النساء ٢٥ .

(٢ - ٢) فى م : « عقد اعتوره » .

(٣) فى الأصل : « الملك » .

(٤) فى م : « ذبحه » .

المقنع

وَلَا يَحِلُّ لِحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكَاحُ أَمَةٍ مُسْلِمَةٍ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْعَنَتَ ، وَلَا يَجِدَ طَوْلًا لِنِكَاحِ حُرَّةٍ ، وَلَا ثَمَنَ أَمَةٍ .

الشرح الكبير

٣١٥٨ - مسألة : (ولا يَحِلُّ لحُرٍّ نكاحُ أمَةٍ مُسْلِمَةٍ ، إلَّا أن يَخافَ العَنَتَ ، ولا يَجدَ طَوْلًا لنِكاحِ حُرَّةٍ ، ولا [٦/١٢٢ظ] ثَمَنَ أمَةٍ) الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فَصْلَين ؛ أحَدُهما ، أنَّه يَحِلُّ له نِكاحُ الأمَةِ المُسْلِمَةِ إذا وُجِدَ فيه الشَّرْطان ؛ خَوْفُ العَنَتِ ، وعَدَمُ الطَّوْلِ . وهذا قولُ عامَّةِ العلماءِ ، لا نَعْلَمُ بينَهم فيه اخْتِلافًا ؛ لقولِ اللهِ سبحانَه : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . الآية . والصَّبْرُ عنها مع ذلك خَيْرٌ وأفْضَلُ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ ﴾ . الفصلُ الثانى ، إذا عُدِمَ الشَّرْطان أو أحَدُهما ، لم يَحِلَّ نكاحُها لِحُرٍّ . رُوِىَ ذلك[1] عن جابرٍ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال عطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والزُّهْرِىُّ ، وعَمْرُو بنُ دِينارٍ ، ومَكْحُولٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، [2]وإسحاقُ[2] . وقال مجاهدٌ : مِمَّا وَسَّعَ اللهُ على هذه الأُمَّةِ نِكاحُ الأمَةِ وإن كان مُوسِرًا . وبه قال أبو حنيفةَ ، إلَّا أن يكونَ تَحْتَه حُرَّةٌ ؛ لأنَّ القُدْرَةَ على النِّكاحِ لا تَمْنَعُ النِّكاحَ ، كما يَمْنَعُه

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » .

قوله : ولا يحِلُّ لحُرٍّ مُسْلِمٍ نِكاحُ أَمَةٍ مُسْلِمَةٍ ، إلَّا أنْ يخافَ العَنَتَ ، ولا يجِدَ طَوْلًا لنِكاحِ حُرَّةٍ ، ولا ثَمَنَ أَمَةٍ . لا يُباحُ للحُرِّ المُسْلِمِ نِكاحُ الأَمَةِ المُسْلِمَةِ إلَّا بُوجودِ الشَّرْطَيْن . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وُجُودُ النِّكاحِ ، كنِكاحِ الأُخْتِ والخامِسَةِ . وقال قَتادَةُ ، والثَّوْرِىُّ : إذا خَافَ العَنَتَ ، حَلَّ له نِكاحُ الأمَةِ [(١)]وإن وَجَد الطَّوْلَ ؛ لأنَّ إباحَتَها لضَرُورَةِ خَوْفِ العَنَتِ ، وقد وُجِدَتْ ، ولا يَنْدَفِعُ إلَّا بنِكاحِ الأمَةِ[(١)] ، فأشْبَهَ عدمَ الطَّوْلِ . ولَنا ، قولُ اللهِ سبحانَه وتعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ ﴾ إلى قولِه تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . فشَرَطَ فى نِكاحِها عَدَمَ اسْتِطاعَةِ الطَّوْلِ ، فلم يَجُزْ مع الاسْتِطاعَةِ ، لفَواتِ شَرْطِه ، وكالصَّوْمِ فى كَفَّارَةِ الظِّهارِ مع استِطاعةِ الإعْتاقِ . ولأنَّ فى تَزْوِيجِ الأمَةِ إرقاقَ وَلَدِه مع الغِنَى عنه ، فلم يَجُزْ ، كما لو كان تَحْتَه حُرَّةٌ . وقِياسُهم لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ نِكاحَ الخامسةِ والأُختِ إنَّما حَرُمَ لأجْلِ الجَمْعِ ، وبالقُدْرَةِ على الجَمْعِ لا يَصِيرُ جامِعًا ، والعِلَّةُ هـٰهُنا هو الغِنَى عن إرْقاقِ وَلَدِه ، وذلك يَحْصُلُ بالقُدْرَةِ على نِكاحِ الحُرَّةِ . وأمّا مَن يَجدُ[(٢)] الطَّوْلَ ويَخافُ العَنَتَ ، فإن كان ذلك لكَوْنِه لا يَجدُ إلَّا حُرَّةً صغيرةً أو غائبةً أو مَريضةً لا يُمْكِنُ وَطْؤُها ، أو وَجَد مالًا ولم يُزَوَّجْ لقُصُورِ نَسَبِه ، فله نِكاحُ الأمَةِ . نَصَّ عليه أحمدُ فى الغائبةِ .

الإنصاف

به كثيرٌ منهم . وقال فى « التَّبْصِرَةِ » : لا يحْرُمُ على المُسْلِمِ نِكاحُ الإماءِ[(٣)] المُسْلِماتِ ، ولو عُدِمَ الشَّرْطانِ أو أحدُهما . ولم يذْكُرِ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ،

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى الأصل : « لا يجد » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وهو ظاهِرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال بعضُهم : لا يجوزُ ؛ لوُجْدانِ الطَّوْلِ . ولَنا ، أنَّه غيرُ مستطيعٍ للطَّوْلِ إلى حُرَّةٍ تُعِفُّه ، فأشْبَهَ مَن لا يَجِدُ شيئًا ، ألا تَرَى أنَّ اللهَ سبحانَه نَزَّلَ ابنَ السَّبيلِ الذى له اليَسارُ فى بَلَدِه فَقِيرًا ؛ لعَدَمِ قُدْرَتِه عليه فى الحالِ . وإن كانت له حُرَّةٌ يتَمَكَّنُ مِن وَطْئِها والعِفَّةِ بها ، فليس بخائِفٍ للعَنَتِ .

فصل : فإن قَدَر على شِراءِ أَمَةٍ تُعِفُّه ، فهو كما لو وَجَد طَوْلَ الحُرَّةِ ، لا يَحِلُّ له نِكاحُ الأَمَةِ ؛ لأنَّه أمْكَنَه صِيانَةُ وَلَدِه عن الرِّقِّ ، فأشْبَهَ القادِرَ على طَوْلِ الحُرَّةِ ، وكذلك إن قَدَر على تَزْوِيجِ كِتابِيَّةٍ تُعِفُّه . وهذا ظاهِرُ

الإنصاف

غيرَ خَوْفِ العَنَتِ . وحَمَل أبو يَعْلَى الصَّغِيرُ رِوايةَ مُهَنَّا على أنَّ خَوْفَ العَنَتِ ليس بشَرْطٍ فى صِحَّةِ نِكاحِ الأَمَةِ ، وإنَّما هو على سبيلِ الاخْتِيارِ والاسْتِحْبابِ . ويأْتِى فى البابِ الذى يَلِى هذا ، بعدَ قوْلِه : وإنْ تزوَّجَ أَمَةً يظُنُّها حُرَّةً هل يكونُ أوْلادُ الحُرِّ مِنَ الأَمَةِ أرِقَّاءَ ، أم لا ؟ .

تنبيه : ذكَر المُصَنِّفُ ، رَحِمَه اللهُ ، مِنَ الشَّرْطَين ، أنْ لا يجِدَ ثَمَنَ أَمَةٍ . وقالَه كثيرٌ مِنَ الأصحابِ ؛ منهم القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « الهِدايَةِ » ، والمَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » ، وصاحِبُ « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . قال فى « الرِّعايَةِ » : وهو أظْهَرُ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ عدَمُ اشْتِراطِه . وهو ظاهِرُ إطْلاقِ القاضى فى « تَعْليقِه » ، وطائفةٍ مِنَ الأصحابِ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقال فى « البُلْغَةِ » ، و « التَّرْغِيبِ » : لو كان قادِرًا على شِراءِ أَمَةٍ ، ففى جوازِ نِكاحِ

الشرح الكبير

مذهبِ الشافعىِّ ، وذَكَرُوا وَجْهًا آخرَ أنَّه (١يجوزُ له١) ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ﴾ . وهذا غيرُ مستطيعٍ لذلك . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ [١٢٣/٦و] خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ . وهذا غيرُ خائفٍ له ، ولأنَّه قَدَر على صِيانةِ وَلَدِه مِن الرِّقِّ ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُه ، كما لو قَدَر على نِكاحِ مُؤْمِنَةٍ .

فصل : ومَن كانت تحتَه حُرَّةٌ يُمْكِنُ أن يَسْتَعِفَّ بها ، لم يَجُزْ له نِكاحُ أمَةٍ ، لا نعلمُ فى هذا خِلافًا ، ولافَرْقَ بينَ المُسْلِمَةِ والكِتابيَّةِ فى ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا مِن قبلُ .

الإنصاف

الأَمَةِ وَجْهان .

فائدة : قال الزَّرْكَشِىُّ : فسَّر العَنَتَ القاضى أبو يَعْلَى ، وأبو الحُسَيْنِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، والشِّيرازِىُّ ، وأبو محمدٍ ، بالزِّنَى . وكذا صاحِبُ « المُسْتَوْعِبِ » . وفسَّره بذلك فى « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وقال : فلو كان يقْدِرُ على الصَّبْرِ ، لكِنْ يؤدِّى صَبْرُه(٢) إلى مرَضٍ ، جازَ له نِكاحُ الأَمَةِ . وفسَّره المَجْدُ فى « مُحَرَّرِه » ، وصاحِبُ « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرُهم ، بعَنَتِ العُزوبَةِ ؛ إمَّا لحاجَةِ المُتْعَةِ ، وإمَّا للحاجَةِ إلى خِدْمَةِ المَرْأَةِ ؛ لكِبَرٍ أو سَقَمٍ أو غيرِهما ، وقالوا : نصَّ عليه . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : ولم يذْكُرْ جماعَةٌ الخِدْمَةَ . وأدْخَلَ القاضى ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهِما » الخَصِىَّ

(١ - ١) فى م : « لا يجوز » .

(٢) زيادة من : ا .

الشرح الكبير

فصل : ومَن لم يَجدْ طَوْلًا ، لكنْ وَجَد مَن يُقْرِضُه ذلك ، لم يَلْزَمْه ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى بَقاءِ الدَّيْنِ فى ذِمَّتِه ، ولصاحِبه مُطَالَبَتُه [1]به فى الحالِ . وكذلك إن رَضِيَتِ الحُرَّةُ بتأْخِيرِ صَداقِها ، أو تَفْوِيضِ بُضْعِها[2] ؛ لأنَّ لها مُطالَبَتَه[1] بفَرْضِه[3] . وكذلك إن بَذَل له باذِلٌ[4] أن يَزِنَهُ[5] عنه ، أو يَهَبَه إيَّاه ، لم يَلْزَمْه ؛ لِما عليه مِن ضَرَرِ المِنَّةِ ، [6]وله فى ذلك كلِّه[6] نِكاحُ الأَمَةِ . فإن لم يَجِدْ مَن يُزَوِّجُه إلَّا بأكثرَ مِن مَهْرِ المِثْلِ ، وكان قادِرًا عليه ، ولا يُجْحِفُ به ، لم يَكُنْ له نِكاحُ الأَمَةِ . وقال أصحابُ الشافعيِّ : له ذلك ، كما لو لم يَجِدِ الماءَ إلَّا بزيادةٍ على ثَمَنِ المِثْلِ ، فله التَّيَمُّمُ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ . وهذا مُسْتَطِيعٌ ، ولأنَّه

الإنصاف

والمَجْبُوبَ ، إذا كان له شَهْوَةٌ يُخافُ معها[7] مِنَ التَّلَذُّذِ بالمُباشَرَةِ حَرامًا ، وهو عادِمٌ للطَّوْلِ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، والخِرَقِىِّ ، وغيرِهما . وقال فى « الرِّعايَةِ » : ولا يصِحُّ نِكاحُ حُرٍّ مُسْلمٍ غيرِ مَجْبُوبٍ أَمَةً مُسْلِمةً إلَّا بشَرْطَيْن .

تنبيه : عُمومُ قولِه : ولا يَجِدُ طَوْلًا لنكاحِ حُرَّةٍ . يشْمَلُ الحُرَّةَ المُسْلِمَةَ ، والكِتابِيَّةَ . وهو كذلك . وهو المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وأطْلَقَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، الحُرَّةَ . وصرَّح به القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ،

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى النسختين : « بعضها » . وانظر المغنى ٩/٥٥٧ .

(٣) فى م : « بقرضه » .

(٤) فى الأصل : « بإذن » .

(٥) فى الأصل : « يرثه » .

(٦ - ٦) فى م : « فى » .

(٧) فى الأصل : « معهما » .

الشرح الكبير

قادِرٌ على نِكاحِ حُرَّةٍ بما لا يَضُرُّه ، فلم يَجُزْ له إرْقاقُ وَلَدِه ، كما لو كان بمَهْرِ مِثْلِها ، وما ذَكَرُوه مَمْنُوعٌ ، ثم إنَّ هذا مُفارِقٌ للتَّيَمُّمِ مِن وَجْهَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّ التَّيَمُّمَ رُخْصَةٌ عامَّةٌ ، وهذا أُبيحَ للضَّرُورَةِ ، ومع القُدْرَةِ على الحُرَّةِ لا ضَرُورَةَ . الثانى ، أنَّ التَّيَمُّمَ يَتكَرَّرُ ، فإيجابُ شِرائِه بزِيادَةٍ على ثَمَنِ المِثْلِ يُفْضِى إلى الإجْحافِ به ، وهذا لا[1] يَتكَرَّرُ ، فلا ضَرَرَ فيه .

فصل : فإن كان فى يَدِه مالٌ فذَكَرَ أنَّه مُعْسِرٌ ، وأنَّ المالَ لغيرِه ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّه حُكْمٌ بينَه وبينَ اللهِ سبحانَه وتعالى ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما لو ادَّعَى مَخافَةَ العَنَتِ . ومتى تَزَوَّجَ الأمَةَ ، ثم ذَكَر أنَّه كان مُوسِرًا حالَ النِّكاحِ ،

الإنصاف

والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم . وفى « الانْتِصارِ » ، احْتِمالُ حُرَّةٍ مُؤْمِنَةٍ لظاهِرِ الآيَةِ[2] . وتَوَقَّفَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : فى حُرَّةٍ كِتابِيَّةٍ وَجْهان . ويَشْمَلُ قوْلُه : ولا ثَمَنَ أَمَةٍ . المُسْلِمَةَ والكِتابِيَّةَ . وهو صحيحٌ . وهو المذهبُ . وقد أطْلَقَ الأَمَةَ أبو الخَطَّابِ ، وصاحِبُ « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ فى « مُحَرَّرِه » ، والشَّارِحُ ، وابنُ حَمْدانَ ، وغيرُهم . وقَيَّدَ القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، الأَمَةَ بالإسْلامِ .

فوائد ؛ الأُولَى ، وُجودُ الطَّوْلِ ؛ هو أنْ يَمْلِكَ[3] مالًا حاضِرًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وفَسَّر الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، الطَّوْلَ بالسَّعَةِ . قال القاضى فى « المُجَرَّدِ » : عدَمُ الطَّوْلِ ؛ أنْ لا يجِدَ صَداقَ حُرَّةٍ . زادَ ابنُ عَقِيلٍ ، ولا

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) سورة النساء : ٢٥ .
(٣) فى ا : « لا يملك » .

الشرح الكبير

فُرِّقَ بينَهما ؛ لأنَّه أقَرَّ بفَسادِ نِكاحِه . وهكذا إن أقَرَّ أنَّه لم يَكُنْ يَخْشَى العَنَتَ ، فإن كان قبلَ الدُّخولِ فصَدَّقَه السَّيِّدُ ، فلا مَهْرَ ، وإن كَذَّبَه ، فله نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه يَدَّعِي صِحَّةَ النِّكاحِ ، والأصْلُ معه . وإن كان بعدَ الدُّخولِ ، فعليه المُسَمَّى جميعُه . فإن كان مَهْرُ المِثْلِ أكثرَ مِن المُسَمَّى ، فعلى قولِ مَن أوجَبَ مَهْرَ المِثْلِ فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، يَلْزَمُه مَهْرُ المِثْلِ [(1)] ؛ لإقْرارِه به . وإن كان المُسَمَّى أكثرَ ، وَجَب [(2)] للسَّيِّدِ ، إلَّا أن [(2)] يُصَدِّقَه فيما قال ، فيكونُ له مِن [(3)] مَهْرِ المِثْلِ [(3)] ما يَجِبُ فى النِّكاحِ الفاسِدِ . وهل ذلك المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على رِوايَتَيْن .

الإنصاف

نفَقَتَها . [٣/٢٥ظ] وهو أوْلَى ، إذا عَلِمَ ذلك و لم يَمْلِكْ مالًا حاضِرًا ، ووَجَد مَن يُقْرِضُه ، أو رَضِيَتِ الحُرَّةُ بتَأْخِيرِ صَداقِها ، أو بدُونِ مَهْرِها ، لم يَلْزَمْه ، وجازَ له نِكاحُ الأَمَةِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . واخْتارَه القاضى ، والأزَجِىُّ . وقَدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : إنْ رَضِيَتْ بتَأْخِيرِ صَداقِها ، أو بدُونِ مَهْرِها ، لَزِمَه . وقيل : إنْ رَضِيَتْ بدُونِ مَهْرِ مِثْلِها ، لَزِمَه ، وإلَّا فلا . ولو وُهِبَ له الصَّداقُ ، لم يَلْزَمْه قَبُولُه . الثَّانيةُ ، قال المُصَنِّفُ ، وتَبِعَه الشَّارِحُ : وذلك بشَرْطِ أنْ لا يُجْحِفَ بمالِه ، فإنْ أجْحَفَ بمالِه ، جازَ له نِكاحُ الأَمَةِ ، ولو كان قادِرًا على نِكاحِ الحُرَّةِ بهذه الصِّفَةِ . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : ما لم يُعَدَّ سَرْفًا . الثَّالثةُ ، لو وَجَد حُرَّةً لا تُوطَأُ لصِغَرِها ، أو كانتْ زَوْجَتُه غائِبَةً ، جازَ له نِكاحُ الأَمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نَصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى

---

(1) سقط من : م .

(2 - 2) فى م : « وللسيد أن لا » .

(3 - 3) فى م : « المهر » .

المقنع وَإِنْ تَزَوَّجَهَا وَفِيهِ الشَّرْطَانِ ، ثُمَّ أَيْسَرَ ، أَوْ نَكَحَ حُرَّةً ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأَمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٣١٥٩** – مسألة : (وإن تزَوَّجها وفيه الشَّرْطان ، ثم أيْسَرَ ، أو نكَح حُرَّةً ، فهل يَبْطُلُ نِكاحُ الأمَةِ ؟ عَلَى رِوايَتَيْن) أمَّا إذا أيْسَرَ ، فظاهرُ المذهبِ أنَّه لا يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأمَةِ . وهو الذى ذَكَرَه الخِرَقِىُّ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وفيه رِوايةٌ ، أنَّه يَفْسُدُ نِكاحُ الأمَةِ . وهو قولُ المُزَنِىِّ ؛ لأنَّه إنَّما أُبِيحَ للحاجَةِ ، فإذا زالتِ الحاجَةُ ، لم يَجُزِ اسْتِدامَتُه ، كمَن أُبِيحَ له أكْلُ المَيْتَةِ للضَّرُورَةِ ، فإذا وَجد الحَلالَ لم يَسْتَدِمْه . ولَنا ، أنَّ فَقْدَ الطَّوْلِ أحدُ شَرْطَىْ إباحَةِ [١٢٣/٦ظ] نِكاحِ الأمَةِ ، فلم تُعْتَبَرِ اسْتِدامَتُه ،

الإنصاف « الرِّعايَةِ » ، فى الزَّوْجَةِ . واخْتارَه القاضى . وقيل : لا يجوزُ . وهو احْتِمالٌ فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . قال ابنُ أبِى مُوسى : ليس لحُرٍّ تحتَه حُرَّةٌ أنْ يتزَوَّجَ عليها أمَةً ، لا أعلمُ فيه خِلافًا ، وللعَبْدِ الذى تحتَه حُرَّةٌ أنْ يتزوَّجَ عليها أمَةً ، قوْلًا واحدًا . ولو كانتْ زوْجَتُه مَرِيضَةً ، جازَ له أيضًا نِكاحُ الأمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . وقدَّمه فى « الفروعِ » . وذكَر فى « التَّرْغيبِ » وَجْهَيْن . الرَّابعةُ ، قال فى « التَّرْغيبِ » : نِكاحُ[1] مَن بعضُها حُرٌّ أوْلَى مِن نكاحِ الأمَةِ ؛ لأنَّ إرْقاقَ بعضِ الوَلَدِ أوْلَى مِن إرْقاقِ جميعِه .

قوله : وإنْ تزَوَّجَها وفيه الشَّرْطان ، ثم أيْسَرَ ، أو نكَح حُرَّةً ، فهل يبْطُلُ نِكاحُ الأمَةِ ؟ على رِوايتَيْن . وأطْلَقهما فيهما ، فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى

(١) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

كخَوْفِ العَنَتِ ، ويُفارِقُ أَكْلَ المَيْتَةِ ، فإنَّ أَكْلَها بعدَ القُدْرَةِ ابْتِدَاءٌ للأكلِ ، وهذا لا يَبْتَدِئُ النكاحَ ، إنَّما يَسْتَدِيمُه ، والاسْتِدَامَةُ للنِّكاحِ تُخالِفُ ابْتِداءَه ، بدَلِيلِ أنَّ العِدَّةَ والرِّدَّةَ وأَمْنَ العَنَتِ يَمْنَعْنَ ابْتِداءَه دُونَ اسْتِدامَتِه .

فصل : فإن تَزَوَّجَ على الأمَةِ حُرَّةً ، صَحَّ . وفى بُطْلانِ نِكاحِ الأمَةِ رِوايَتان ؛ إحداهما ، لا يَبْطُلُ . وهو قولُ سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعطاءٍ ، والشافعيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . ورُوِىَ مَعْنَى ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . والثانيةُ ، يَنْفَسِخُ نِكاحُ الأمَةِ . وهو قولُ ابنِ عباسٍ ، ومَسْرُوقٍ ،

الإنصاف

الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، فى الأخيرَةِ . إذا تزوَّجَ الأَمَةَ ، وفيه الشَّرْطان ، ثم أيْسَرَ ، لم يبْطُلْ نِكاحُ الأَمَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا هو المذهبُ المَنْصوصُ المَجْزومُ به عندَ عامَّةِ الأصحابِ . انتهى . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وقالا : هذا ظاهِرُ المذهبِ . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يبْطُلُ . وخرَّجَها القاضى وغيرُه مِن رِوايَةِ صِحَّةِ نِكاحِ الحُرَّةِ على الأَمَةِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وإذا نكَح حُرَّةً على أَمَةٍ ، لم يبْطُلْ نِكاحُ الأَمَةِ أيضًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وابنُ رَجَبٍ فى « القاعِدَةِ التَّاسِعَةِ بعدَ المِائَةِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، يَبْطُلُ . قدَّمَها فى « الرِّعايتَيْن » . وجزَم به ناظِمُ المُفْرَداتِ . وهو منها . وقال فى « المُنْتَخَبِ » : يكونُ ذلك طَلاقًا فيهما ، لا فَسْخًا . ونقَلَه ابنُ مَنْصُورٍ ، فيما إذا

المقنع وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةً أَوْ أَمَةً فَلَمْ تُعِفَّهُ ، وَلَمْ يَجِدْ طَوْلًا لِحُرَّةٍ

الشرح الكبير وإسحاقَ ، والمُزَنِىِّ . ووَجْهُ الرِّوايَتَيْنِ (١ما تقدَّم١) فى المسألةِ قبلَها . وقال النَّخَعِىُّ : إن كان له مِن الأَمَةِ وَلَدٌ ، لم يُفارِقْها ، وإلَّا فارَقَها . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّ ما كان مُبْطِلًا للنِّكاحِ فى غيرِ ذاتِ الوَلَدِ ، أبْطَلَه فى ذاتِ الوَلَدِ ، كسائرِ مُبْطِلاتِه ، ولأنَّ وَلَدَه منها مَمْلُوكٌ لسَيِّدِها ، ونَفَقَتُه عليه . وقد اسْتُدِلَّ على بَقاءِ النِّكاحِ بما رُوِىَ عن علىٍّ ، كرَّمَ اللهُ وَجْهَه ، أنَّه قال : إذا تزَوَّجَ الحُرَّةَ على الأَمَةِ ، قَسَمَ للحُرَّةِ لَيْلَتَيْن ، وللأَمَةِ لَيْلَةً[٢] . ولأنَّه لو بَطَلَ بنِكاحِ الحُرَّةِ لبَطَلَ بالقُدْرَةِ عليه ، فإنَّ القُدْرَةَ على المُبْدَلِ كاسْتِعْمالِه ، بدليلِ الماءِ مع التُّرابِ .

٣١٦٠ – مسألة : (وإن تَزَوَّجَ حُرَّةً أو أَمَةً فلم تُعِفَّه ، ولم يَجِدْ طَوْلًا

الإنصاف تَزَوَّجَ حُرَّةً على أَمَةٍ ، يكونُ طَلاقًا للأَمَةِ ؛ لقَوْلِ ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهما .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وغيرِه مِنَ الأصحابِ ، أنَّه لو زالَ خَوْفُ العَنَتِ ، لا يَبْطُلُ نِكاحُ الأَمَةِ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ » . وقال فى « التَّرْغِيبِ » ، و « البُلْغَةِ » : حُكْمُه حُكْمُ ما إذا أَيْسَرَ ، أو نكَحَ حُرَّةً . على ما تقدَّم وقالَه فى « القاعِدَةِ السَّابِعَةِ » .

قوله : وإنْ تزَوَّجَ حُرَّةً أو أَمَةً فلم تُعِفَّه ، ولم يجِدْ طَوْلًا لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فهل

(١ – ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣/٢٨٥ .

المقنع

أُخْرَى ، فَهَلْ لَهُ نِكَاحُ أَمَةٍ أُخْرَى ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

لِحُرَّةٍ أُخْرَى ، فهل له نِكاحُ أَمَةٍ أُخْرَى ؟ على رِوايَتَيْن) اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى إباحَةِ أكثرَ مِن أمَةٍ إذا لم تُعِفَّه ، فعنه أنَّه قال : إذا خَشِىَ العَنَتَ تزَوَّجَ أرْبعًا ، إذا لم يَصْبِرْ كيف يَصْنَعُ ؟ وهذا قولُ الزُّهْرِىِّ ، والحارثِ العُكْلِىِّ ، ومالكٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وعنه أنَّه قال : لا يُعْجِبُنِى أن يَتَزَوَّجَ إلَّا أمَةً واحدةً . يَذْهَبُ إلى حديثِ ابنِ عباسٍ ، قال : الحُرُّ لا يَتزَوَّجُ مِن الإماءِ إلَّا واحدةً . وقرَأَ : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾[1] . وبه قال قَتادَةُ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ[2] مَن له زَوْجَةٌ يُمْكِنُه وَطْؤُها لا يَخافُ العَنَتَ . ووَجْهُ الأُولَى قولُه تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا ﴾ الآية . وهذا داخِلٌ فى عُمُومِها . ولأنَّه عادِمٌ

الإنصاف

له نكاحُ أمَةٍ أُخْرَى ؟ على رِوايتَيْن . إذا تزَوَّجَ حُرَّةً فلم تُعِفَّه ، فأطْلَقَ المُصَنِّفُ فى جوازِ نِكاحِ أَمَةٍ عليها الرِّوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ؛ إحْداهما ، يجوزُ له ذلك ، إذا كان فيه الشَّرْطان قائمَين . وهو الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . صحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » ، وغيرِهما . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « المُنْتَخَبِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ،

---

(١) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح إماء المسلمين ، وباب لا تنكح أمة على أمة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٧٣ ، ١٧٥ . وابن أبى شيبة ، فى : باب من رخص للحر أن يتزوج الأمة ، كم يجمع منهن ، من كتاب النكاح . المصنف ٤ / ١٤٧ .

(٢) فى م : « كان » .

الشرح الكبير

للطَّوْلِ ، خائفٌ للعَنَتِ ، فجازَ له نِكاحُ أمَةٍ ، كالأُولَى . وقوْلُهم : لا يَخْشَى العَنَتَ . قُلْنا : الكلامُ فى مَن يَخْشَاه[1] . وقولُ ابنِ عباسٍ يُحْمَلُ على مَن لم يَخْشَ العَنَتَ ، وكذلك الرِّوَايةُ الأُخْرَى عن أحمدَ . فإن كان تَحتَه حُرَّةٌ لم تُعِفَّه ، ففيها الرِّوَايتانِ أيضًا ، مثلَ نِكاحِ الأمَةِ ، ذَكَرَهما أبو الخطّابِ ، إذا لم تُعِفَّه الأمَةُ ؛ لِما ذَكَرْنا . فإن كانَتِ الحُرَّةُ[2] تُعِفُّه ، [3]أو كان تحتَه أمَةٌ تُعِفُّه[3] ، فلا خِلافَ فى تَحْرِيمِ نِكاحِ الأمَةِ الأُخْرَى .

الإنصاف

وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ . قطَع به ابنُ أبى مُوسى وغيرُه . فعلى المذهبِ ، لو جمَع بينَهما فى عَقْدٍ واحدٍ ، صحَّ ، وعلى الثَّانيةِ ، لا يصِحُّ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، يصِحُّ نِكاحُ الحُرَّةِ عليها . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : تحَرَّرَ لأصحابِنا فى تَزْويجِ [٢٦/٣و] الأَمَةِ على الحُرَّةِ ثلاثُ طُرُقٍ ؛ أحدُها ، المَنْعُ . رِوايةً واحدَةً . ذكَرَها ابنُ أبى مُوسى ، والقاضى ، وابنُ عَقِيلٍ وغيرُهم . قال القاضى : هذا إذا كان يُمْكِنُه وَطْءُ الحُرَّةِ ، فإنْ لم يُمْكِنْه ، جازَ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وهذه الطَّرِيقَةُ هى عندِى مذهبُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وعليها يدُلُّ كلامُه . الطَّريقُ الثَّانى ، إذا لم تُعِفَّه ، فيه رِوايَتان . وهى طريقةُ أبى الخَطَّابِ ، ومَن حَذا حذْوَه . الطَّريقُ الثَّالثُ ، فى الجَمْعِ رِوايَتَان . كما ذكَرَ المَجْدُ . انتهى . وقال فى الفائِدَةِ الأخِيرَةِ مِنَ « القَواعِدِ » : لو تزَوَّجَ حُرٌّ ، خائفُ العَنَتِ غيرُ واجدٍ للطَّوْلِ ، حُرَّةً تُعِفُّه بانْفِرادِها ، وأمَةً فى عَقْدٍ واحدٍ ، صحَّ نِكاحُ الحُرَّةِ وحدَها . وهو ظاهِرُ كلامِ القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وهو أصحُّ . وقيل : يصِحُّ جَمْعُهما .

(١) بعده فى المغنى ٥٦٠/٩ : « ولا نبيحه إلا له » .

(٢) فى الأصل : « الأمة » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

المقنع

قَالَ الْخِرَقِىُّ : وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ قَائِمَيْنِ .

الشرح الكبير

فإن نَكَح أمَتَيْن فى عَقْدٍ ، وهو يَسْتَعِفُّ بواحدةٍ ، فنِكاحُهُما باطلٌ ؛ لأنَّه يَبْطُل فى إحْداهما ، وليست بأوْلَى مِن الأُخْرَى ، فَبَطَلَ ، كما لو جَمَع بين أُخْتَيْن .

٣١٦١ – مسألة : (قال [٦/١٢٤و] الخِرَقِىُّ : وله أن يَتزَوَّجَ مِن الإماءِ أرْبَعًا ، إذا كان الشَّرْطان فيه قائِمَيْن) لِما ذَكَرْنا .

الإنصاف

قالَه القاضى ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » . وإذا تزَوَّجَ أَمَةً ، فلم تُعِفَّه ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، جَوازُ نِكاحِ ثانِيَةٍ بشَرْطِه ، ثم ثالِثَةٍ كذلك ، ثم رابِعَةٍ كذلك ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ فى « التَّذْكِرَةِ » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، وغيرُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا أنَصُّ الرِّوايتَيْن عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . وقطَع به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والرِّوايةُ الثَّانية ، لا يجوزُ له ذلك . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » .

فائدتان ؛ إحْداهما ، إذا قُلْنا : له نِكاحُ أرْبَعٍ . جازَ له أنْ يَنْكِحَهُنَّ دَفْعَةً واحِدَةً ، إذا عَلِمَ أنَّه لا يُعِفُّه إلَّا ذلك . صرَّح به القاضى . قال الزَّرْكَشِىُّ : وقد يُقالُ : إنَّ كلامَ الخِرَقِىِّ يقْتَضِيه . وقال فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، وغيرِهما : فإنْ لم تُعِفَّه واحِدَةٌ ، فثانِيَةٌ ، ثم ثالِثَةٌ ثم رابِعَةٌ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ،

المقنع وَلِلْعَبْدِ نِكَاحُ الْأَمَةِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا عَلَى حُرَّةٍ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير **٣١٦٢** – مسألة : (وللعَبْدِ نِكاحُ الأَمَةِ) وإن فُقِدَ فيه الشَّرْطان ؛ لأنَّه مُساوٍ لها ، فلم يُعْتَبَرْ فيه هذان الشَّرْطان ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ ، وله نِكاحُ أَمَتَيْن مَعًا ، وواحِدَةٍ بعدَ واحدَةٍ ؛ لأنَّ خَشْيَةَ العَنَتِ غيرُ مَشْرُوطَةٍ فيه .

٣١٦٣ – مسألة : (وهل له أنْ يَنْكِحَها على حُرَّةٍ ؟ على رِوايَتَيْن)

الإنصاف رَحِمَه اللهُ : تَلَخَّصَ لأصحابِنا فى تَزَوُّجِ الإماءِ ثلاثُ طُرُقٍ ؛ أحدُها ، طريقَةُ القاضى فى « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وهى ، أنَّه لا يتزَوَّجُ أكثرَ مِن واحِدَةٍ ، إلَّا إذا خَشِىَ العَنَتَ ، بأنْ لا يُمْكِنَه وَطْءُ التى تحته ، ومتى أمْكَنَه وَطْؤُها ، لم يَجُزْ . قال ابنُ خَطيبِ السَّلامِيَّةِ : فهو يجعَلُ وُجودَ زَوْجَةٍ يُمْكِنُ وَطْؤُها أمْنًا مِنَ العَنَتِ . والمَسْأَلَةُ عندَه رِوايَةٌ واحِدَةٌ . وكذلك عندَه إذا كان تحتَه حُرَّةٌ سواءً . الطَّرِيقُ الثَّانى ، إذا كان فيه الشَّرْطان ، فله أنْ يتزَوَّجَ أرْبَعًا ، وإنْ كان مُتَمَكِّنًا مِن وَطْءِ الأُولَى ، وهذا مَعْنَى خَوْفِ العَنَتِ . وهى طريقَةُ أبى محمدٍ . ولم يذْكُرِ الخِرَقِىُّ إلَّا ذلك . وكلامُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، يقْتَضِى الحِلَّ ، وإنْ كان قادِرًا على الوَطْءِ . الطَّريقُ الثَّالثُ ، المَسْأَلَةُ فى مِثْلِ هذا على رِوايتَيْن . وهى طريقَةُ ابنِ أبى مُوسى . انتهى .

الثَّانيةُ ، قولُه : وللعَبْدِ نِكاحُ الأَمَةِ . ومِثْلُه المُكاتَبُ ، والمُعْتَقُ بعضُه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . قال فى « الفُروعِ » : مع أنَّ الشَّيْخَ وغيرَه علَّلَ مَسْأَلَةَ العَبْدِ بالمُساواةِ ، فيَقْتَضِى المَنْعَ فيهما ، وفى المُعْتَقِ بعضُه .

قولُه : وَهل له – يعْنِى للعَبْدِ – أنْ ينْكِحَها على حُرَّةٍ ؟ على رِوايتَيْن .

المقنع

وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِى الْعَقْدِ ، جَازَ ،ا......................

الشرح الكبير

إحداهما ، له ذلك . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ؛ لأنَّها مساوِيَةٌ له ، فلم يُشْتَرَطْ لصِحَّةِ نِكاحِها عَدَمُ الحُرَّةِ ، كالحُرِّ مع الحُرَّةِ ، ولأنَّه لو اشْتُرِطَ عَدَمُ الحُرَّةِ ، لاشْتُرِطَ عَدَمُ القُدْرَةِ عليها ، كما فى حَقِّ الحُرِّ . والثانيةُ ، لا يجوزُ ؛ وهو قولُ أصحاب الرَّأْىِ ؛ لأنَّه يُرْوَى عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ أنَّه قال : تُنْكَحُ الحُرَّةُ على الأَمَةِ ، ولا تُنْكَحُ الأَمَةُ على الحُرَّةِ . ولأنَّه مالِكٌ لبُضْعِ حُرَّةٍ ، فلم يَكُنْ له أن يَتَزَوَّجَ أَمَةً ، كالحُرِّ .

٣١٦٤ – مسألة : (وإن جَمَع بينَهُمَا فى العَقْدِ ، جاز) لأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما يجوزُ إفْرادُها بالعَقْدِ[1] ، فجازَ الجَمْعُ بينَهما ، كالأَمَتَيْن ،

الإنصاف

وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ؛ إحْداهما ، يجوزُ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وقدَّمه فى « المُجَرَّدِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يجوزُ . صحَّحَه فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » .

قوله : فإنْ جَمَع بينَهما فى العَقْدِ ، جازَ . يعْنِى ، على الرِّوايَةِ الأُولَى . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهما . وحمَل ابنُ مُنَجَّى كلامَ المُصَنِّفِ عليه . وعلى الرِّوايَةِ الثَّانية ، لا يجوزُ . ويفْسُدُ النِّكاحَان . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : يفْسُدُ نِكاحُ الأَمَةِ وحدَه . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » . وأطْلَقَ

(١) فى م : « فى العقد » .

المقنع وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَجُوزَ .

الشرح الكبير هذا إذا قُلْنا : ليست حُرِّيَّةُ الزَّوْجِ شَرْطًا فى نِكاحِ الحُرَّةِ (ويَتَخَرَّجُ أن لا يَجُوزَ) بِناءً على قولِه : لا يجوزُ نِكاحُ الأمَةِ على حُرَّةٍ . ولأنَّه لا يَجُوزُ نِكاحُ الأمَةِ على الحُرَّةِ ، فحَرُمَ عليه الجَمْعُ بينَهما ، كالأُخْتَيْن .

الإنصاف الوَجْهَيْن فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، يصِحُّ فى الحُرَّةِ . وفى « المُوجَزِ » ، فى العَبْدِ [٣/٢٦ظ] رِوايةٌ ، يصِحُّ فى الأمَةِ . وكذا فى « التَّبْصِرَةِ » ؛ لفَقْدِ الكَفاءَةِ . وقال : إنْ لم تُعْتَبَرِ الكَفاءَةُ ، صحَّ فيهما . وهو رِوايَةٌ فى « المُذْهَبِ » .

قوله : ويتَخَرَّجُ أنْ لا يجوزَ . قال الشَّارِحُ : بِناءً على قَوْلِه : لا يجوزُ نِكاحُ الأَمَةِ على حُرَّةٍ .

تنبيه : تقدَّم قوْلُ المُصَنِّفِ : لو تزَوَّجَ الحُرُّ أَمَةً على حُرَّةٍ بشَرْطِه ، هل يجوزُ أمْ لا ؟ ولكِنْ لو طلَّقَ الحُرَّةَ طَلاقًا بائِنًا ، جازَ له نِكاحُ الأَمَةِ فى عِدَّتِها ، مع وُجودِ الشَّرْطَيْن . ذكَرَه القاضى فى « خِلافِه » ، ونصَّ عليه فى رِوايَةِ مُهَنَّا . وخرَّج المَجْدُ فى « شَرْحِ الهِدايَةِ » وَجْهًا بالمَنْعِ ، إذا منَعْنا مِنَ الجَمْعِ فى صُلْبِ النِّكاحِ مع الغَيْبَةِ ، ونحوِها .

فائدة : الحُرُّ الكِتابِىُّ كالمُسْلِمِ فى نِكاحِ الأَمَةِ . جزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . لكِنْ قال فى « التَّرْغِيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، وغيرِهما : إنِ اعْتَبَرْنا إسْلامَ الأَمَةِ فى حقِّ المُسْلِمِ ، اعْتَبَرنا كوْنَها كِتابِيَّةً فى حَقِّ الكِتابِىِّ . وقال فى « الوَسِيلَةِ » : المَجُوسِىُّ كالكِتابِىِّ فى نِكاحِ الأَمَةِ . وقال فى « المَجْموعِ » : وكلُّ كافِرٍ كمُسْلِمٍ فى نكِاحِ الأَمَةِ . وتقدَّم قريبًا : إذا ملَك كِتابِىٌّ مَجُوسِيَّةً ، هل له وَطْؤُها ، أمْ لا ؟

المقنع

وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ سَيِّدَتِهِ ، وَلَا لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ [٢٠٧و] أَمَتَهُ ، وَلَا أَمَةَ ابْنِهِ ، ....

الشرح الكبير

٣١٦٥ – مسألة : (وليس للعَبْدِ نِكاحُ سَيِّدَتِه) قال ابنُ المُنْذِرِ : أجْمَعَ أهلُ العلمِ على أنَّ نِكاحَ المرأةِ عَبْدَها باطِلٌ ؛ لأنَّ أحكامَ المِلْكِ والنِّكاحِ تَتَناقضُ ، إذ مِلْكُها إيَّاه يَقْتَضِى وُجُوبَ نَفَقَتِه عليها ، وسَفَرَه بسَفَرِها ، وطاعَتَه إيَّاها ، ونِكاحُه إيَّاها يُوجِبُ عَكْسَ ذلك ، فيَتَنافَيان ، ولِما روَى الأثْرَمُ بإسنادِه عن أبى الزُّبَيْرِ ، عن جابرٍ ، أنَّه سَألَه عن العَبْدِ يَنْكِحُ سَيِّدَتَه ، فقال : جاءَتِ امرَأَةٌ إلى عمرَ بنِ الخطابِ ونحنُ بالجابِيَةِ[1] وقد نَكَحَتْ عَبْدَها ، فانْتَهَرَها عمرُ ، وهَمَّ أن يَرْجُمَها ، وقال : لا يَحِلُّ لكِ[2] .

٣١٦٦ – مسألة : (وليس للحُرِّ أن يَتَزَوَّجَ أمَتَه) لأنَّ مِلْكَ الرَّقَبَةِ يُفِيدُ[3] مِلْكَ المَنْفَعَةِ ، وإباحَةَ البُضْعِ ، فلا يَجْتَمِعُ معه عَقْدٌ أضْعَفُ منه . ولا يجوزُ أن يَتَزَوَّجَ أمَةً له فيها مِلْكٌ . ولا يَتَزَوَّجُ مُكاتَبَتَه ؛ لأنَّها مَمْلُوكَتُه .

٣١٦٧ – مسألة : (ولا) يَجُوزُ للحُرِّ أن يَتَزَوَّجَ (أمَةَ ابْنِه) لأنَّ

الإنصاف

قوله : وَلا للحُرِّ أن يَتَزَوَّجَ أمَتَه ، ولا أمَةَ ابْنِه . لا يجوزُ للحُرِّ نِكاحُ أمَتِه ، بلا

(١) الجابية : قرية من أعمال دمشق ، ثم من أعمال الجيدور من ناحية الجولان . معجم البلدان ٢ / ٣ .

(٢) أخرجه البيهقى ، فى : باب النكاح وملك اليمين لا يجتمعان ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ١٢٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب ما جاء فى المرأة تزوج عبدها . السنن ١ / ١٩٢ .

(٣) فى الأصل : « يقيد » .

الشرح الكبير

له فيها شُبْهَةَ مِلْكٍ . وهذا قولُ أهلِ الحجازِ . وقال أهلُ العراقِ : له ذلك ؛ لأنَّها ليستْ مَمْلُوكَةً له ، ولا تَعْتِقُ بإعْتاقِه إيَّاها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « أنْتَ وَمَالُكَ لأبِيكَ »[1] . ولأنَّه لو مَلَكَ جُزْءًا مِن أمَةٍ ، لم يَصِحَّ نِكاحُه

الإنصاف

خِلافٍ . وكذا لو كان له[2] بعضُها . صرَّح به فى « الرِّعايَةِ » ، وليس له نِكاحُ أمَةِ ابْنِه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . ذكَرَه القاضى ومَن بعدَه . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : يجوزُ .

تنبيه : قال ابنُ رَجَبٍ : لا يجوزُ للأبِ الحُرِّ نِكاحُ أَمَةِ وَلَدِه . ذكَرَه القاضى ومَن بعدَه ، وذكَرُوا أصْلَه فى المذهبِ ؛ وهو وُجوبُ إعْفافِ الابنِ أباه عندَ حاجَتِه إلى النِّكاحِ . وإذا وجَب عليه إعْفافُه ، كان واجِدًا للطَّوْلِ . قال : وعلى هذا المَأْخَذِ ، لا فَرْقَ بينَ أنْ يُزَوِّجَه بأَمَتِه أو أَمَةِ غيرِه . وصرَّح به القاضى فى « الجامِعِ » ، ولا فَرْقَ حِينَئذٍ بينَ الأبِ والجَدِّ مِنَ الطَّرَفَيْنِ . وكذلك يَلْزَمُ فى سائرِ مَن يلْزَمُ إعْفافُه مِنَ الأقارِبِ ، على الخِلافِ فيه . وصرَّح به ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » . ولو كان الابنُ مُعْسِرًا لا يقْدِرُ على إعْفافِ أبِيه ، فهل للأبِ حينَئذٍ أنْ يتزَوَّجَ بأَمَتِه ؟ ذكَرَ أبو الخَطَّابِ فى « انْتِصارِه » احْتِمالَيْن ؛ الجَوازَ ؛ لانْتِفاءِ وُجوبِ الإعْفافِ . والمَنْعَ ؛ لشُبْهَةِ المِلْكِ . وخرَّج أيضًا رِوايَةً بجَوازِ نِكاحِ الأبِ أَمَةَ وَلَدِه مُطْلَقًا ، مِن رِوايَةِ عدَمِ وُجوبِ إعْفافِه . وللأصحابِ فى المَنْعِ مأْخَذٌ آخَرُ ، ذكَرَه القاضى أيضًا والأصحابُ ، وهو أنَّ الأبَ له شُبْهَةُ المِلْكِ فى مالِ وَلَدِه ، وشُبْهَةُ المِلْكِ تَمْنَعُ مِنَ النِّكاحِ ، كالأَمَةِ المُشْتَرَكَةِ ، وأَمَةِ

(1) تقدم تخريجه فى ٧/٩٤ ، ١٧/١٠٦ .

(2) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع

وَيَجُوزُ لِلْعَبْدِ نِكَاحُ أَمَةِ ابْنِهِ .

الشرح الكبير

لها ، فما هى مُضافَةٌ بجُمْلَتِها شَرْعًا أوْلَى بالتَّحرِيمِ . وكذلك لا يَجُوزُ للعبْدِ نِكاحُ أمِّ[1] سَيِّدِه أو سَيِّدَتِه ، مع ما ذَكَرْنا مِن الخِلافِ .

٣١٦٨ – مسألة : (ويجوزُ للعبدِ نِكاحُ أمَةِ ابْنِه) لأنَّ الرِّقَّ قَطَع وِلايَتَه عن ابْنِه ومالِه ، ولهذا[2] لا يَلِى مالَه ولا نِكاحَه ، ولا يَرِثُ أحدُهما

الإنصاف

المُكاتَبِ . وعلى هذا المَأْخَذِ ، يخْتَصُّ المَنْعُ بأَمَةِ الابنِ ، وهل[3] يدْخُلُ فيه الجَدُّ وإنْ عَلا مِنَ الطَّرَفَيْن ؟ فيه نظَرٌ . قال : وللمَنْعِ مأْخَذٌ ثالثٌ ، وهو أنَّ الأبَ إذا تزَوَّجَ أَمَةَ وَلَدِه فأوْلَدَها ، فهل تصِيرُ بذلك مُسْتَوْلَدَةً وينْعَقِدُ وَلَدُه حُرًّا ، أمْ لا تصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً وينْعقِدُ رَقيقًا ؟ ذكَر القاضى ، أنَّ الوَلَدَ ينْعَقِدُ رقيقًا ؛ لأنَّ وَطْأَه بعَقْدِ النِّكاحِ ليس تصَرُّفًا فى مالِ وَلَدِه بحُكْمِ الأُبُوَّةِ ، بل هو تصَرُّفٌ بعَقْدٍ يُشارِكُه فيه الأجانِبُ ، فيَنْعَقِدُ الوَلَدُ رقيقًا ولا تصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً . قال : وهذا – مع القَوْلِ بصِحَّةِ النِّكاحِ – ظاهِرٌ ، وأمَّا مع ظَنِّ صِحَّتِه ففيه نظَرٌ ، وأمَّا مع العِلْمِ ببُطْلانِه فبعيدٌ جِدًّا . وترَدَّد ابنُ عَقِيلٍ فى « فُنونِه » ، فى ثُبوتِ حُرِّيَّةِ الوَلَدِ واسْتيلادِه ، كترَدُّدِه فى حُكْمِ النِّكاحِ ، واسْتَشْكَلَ القَوْلَ ببُطْلانِه مع رِقِّ الوَلَدِ وعدَمِ ثُبوتِ الاسْتِيلادِ ، وكان أوَّلًا أفْتَى بالرِّقِّ وعدَمِ ثُبوتِ الاسْتِيلادِ ؛ مُسْتَنِدًا إلى صِحَّةِ النِّكاحِ . قال ابنُ رَجَبٍ : وهذا يقْتَضِى أنَّه إذا حُكِمَ بفَسادِ النِّكاحِ ، لَزِمَ حُرِّيَّةُ الوَلَدِ واسْتِيلادُ أُمِّه . قال : وهو أظْهَرُ ، كما لو نَكَح أحدُ الشَّرِيكَيْن الأَمَةَ المُشْتَرَكَةَ ، ثم اسْتَوْلَدَها ، وحِينَئذٍ يصِيرُ مأْخَذُ المَنْعِ مِنَ النِّكاحِ مُعَرَّضًا

(١) فى م : « أمة » .

(٢) فى م : « هذا » .

(٣) فى الأصل : « وهذا » .

الشرح الكبير

صاحِبَه ، فهو كالأجْنَبِىِّ منه .

فصل : [٦/١٢٤ظ] وللابْنِ نِكاحُ أمَةِ أبيه ؛ لأنَّه لا مِلْكَ له فيها ، ولا شُبْهَةَ مِلْكٍ ، فأشْبَهَ الأجْنَبِىَّ ، وكذلك سائرُ القَراباتِ . ويجوزُ للرجلِ أن يُزَوِّجَ ابْنَتَه لمَمْلُوكِه . ومتى ماتَ الأبُ فوَرِثَ أحدُ الزَّوْجَيْن صاحِبَه أو جُزْءًا منه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ . وكذلك إن مَلَكَه أو جُزْءًا منه بغيرِ الإرْثِ ، لا نعلمُ فيه خِلافًا ، إلَّا أنَّ الحسنَ قال : إذا اشْتَرَى امرأتَه للعِتْقِ ، فأعْتَقَها حينَ مَلَكَها ، فهما على نِكاحِهما . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّهما مُتَنافِيان ، فلا يَجْتَمِعان قليلًا ولا كثيرًا ، فبِمُجَرَّدِ المِلْكِ لها انْفَسَخَ نِكاحُها سابقًا على عِتْقِها .

الإنصاف

للانْفِساخِ [٣/٢٧و] بحُصولِ الوَلَدِ الذى هو مقْصُودُ العَقْدِ ، فلا يصِحُّ . انتهى .

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ، جَوازُ تزْوِيجِ الابْنِ بأَمَةِ والِدِه . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه الجُمْهورُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيل : لا يجوزُ . فعلى المذهبِ ، لو تزَوَّجَها ، ثم قال لها : إذا ماتَ أبِى فأنْتِ طالِقٌ . ثم ماتَ الأبُ ، فهل يقَعُ الطَّلاقُ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يقَعُ . اخْتارَه القاضى فى « الجامِعِ » ، و « الخِلافِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » ، وأبو الخَطَّابِ ؛ لأنَّ المَوْتَ يترَتَّبُ عليه[1] وُقوعُ الطَّلاقِ ، والمِلْكُ سَبَقَ انْفِساخَ النِّكاحِ ، فقد سبَق نُفوذُ الطَّلاقِ الفَسْخَ ، فنفَذ . والوَجْهُ الثَّانِى ، لا يقَعُ . اخْتارَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ؛ لأنَّ الطَّلاقَ قارَنَ المانِعَ ، وهو المِلْكُ ، فلم ينْفُذْ . وقدَّمه المُصَنِّفُ

(١) فى الأصل : « على » .

المقنع

وَإِنِ اشْتَرَى الْحُرُّ زَوْجَتَهُ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا ابْنُهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٦٩ – مسألة : (وإنِ اشْتَرَى الحُرُّ زَوْجَتَه) أو جُزْءًا منها ، أو[1] مَلَكَه بغيرِ الشِّراءِ (انْفَسَخَ نِكاحُها) وكذلك إن مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها ، أو جُزْءًا منه ، ولا نَعْلَمُ فى ذلك اخْتِلافًا ؛ لِما ذَكَرْناه (وإنِ اشْتَرَاها ابْنُه ، فعلى وَجْهَيْن) أحَدُهما ، يَنْفَسِخُ النِّكاحُ ؛ لأنَّ مِلْكَ الابْنِ كمِلْكِه فى إسْقاطِ الحَدِّ ، وحُرْمَةِ الاسْتِيلادِ[2] ، فكان كمِلْكِه فى إبْطالِ

الإنصاف

فى بابِ الطَّلاقِ فى الماضِى والمُسْتَقْبَلِ . ويأْتِى هناك ، إنْ شاءَ اللهُ ، مُحَرَّرًا . ومِثْلُ هذه المَسْأَلَةِ ، لو تزوَّجَ أَمَةً ، وقال : إنِ اشْتَرَيْتُكِ ، فأنْتِ طالِقٌ . فيه الوَجْهان ؛ إنْ قُلْنا : يَنْتَقِلُ المِلْكُ مع الخِيارِ – وهو الصَّحيحُ – (٣لم يقَعِ الطَّلاقُ٣) . وإنْ قُلْنا : لا يَنْتَقِلُ . وقَع الطَّلاقُ ، وَجْهًا واحدًا . ذكَرَه أبو الخَطَّابِ .

فائدة : لا يجوزُ للمَرْأَةِ نِكاحُ عَبْدِ وَلَدِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الرِّعايَةِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وقيلَ : يجوزُ .

(٤**تنبيه** : مفْهومُ قولِه : ولا للحُرِّ أنْ يتزوَّجَ أمَةَ ابْنِه . جوازُ تزْويجِ الأبِ بأَمَةِ وَلَدِه إنْ كان رقيقًا . وهو صحيحٌ ، لا٤) نِزاعَ فيه . وكذا يجوزُ للمَرْأَةِ نِكاحُ عَبْدِ وَلَدِها ، إذا كانتْ رَقيقةً .

قوله : وإنِ اشْتَرَى الحُرُّ زَوْجَتَه – وكذا بعضَها – انْفَسَخَ نِكاحُها ، وإنِ

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « الاستيلاء » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل ، ط .

(٤ – ٤) فى ط : « فائدة : قوله : ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه ، وهذا بلا » .

الشرح الكبير

النِّكاحِ . والثانى ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُها بمِلْكِ الابْنِ ، فلم يَبْطُلْ نِكاحُه ، كالأجْنَبِىِّ .

فصل : وإذا مَلَكَتِ المرأةُ زَوْجَها أو بعضَه فانْفَسَخَ نِكاحُها ، فليس ذلك طَلَاقًا ، فمتى أعْتَقَتْه ثم تَزَوَّجَها ، لم تُحْتَسَبْ عليه[1] بتَطْلِيقَةٍ . وبهذا قال الحَكَمُ ، وحَمّادٌ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وإسحاقُ . وقال الحسنُ ، والزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، والأوْزَاعِىُّ : هى[2]

الإنصاف

اشْتَراها ابْنُه - وكذا بعضَها - فعلى وَجْهَين . وهما رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . أحدُهما ، يَنْفَسِخُ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » . قال فى « الفُروعِ » : يَنْفَسِخُ ، على الأصحِّ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَنْفَسِخُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، كذا الحُكْمُ لو اشْتَراها ، أو بعضَها ، مُكاتَبَةً . خِلافًا ومذهبًا . قالَه فى « الرِّعايَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، إلَّا أنَّ الخِلافَ هنا وَجْهان . الثَّانيةُ ، حُكْمُ شِراءِ الزَّوْجَةِ ، أو وَلَدِها ، أو مُكاتَبِها ، للزَّوْجِ ، حُكْمُ شِراءِ الزَّوْجِ ، أو وَلَدِه ، أو مُكاتَبِه ، للزَّوْجَةِ . فلو بعَثَتْ إلى

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « تحتسب هى » .

المقنع

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ مُحَرَّمَةٍ وَمُحَلَّلَةٍ فِى عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَهَلْ يَصِحُّ فِى مَنْ تَحِلُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

الشرح الكبير

تَطْلِيقَةٌ . ولا يَصِحُّ ؛ لأنَّه لم يَلْفِظْ بطَلاقٍ صَرِيحٍ ولا كِنايَةٍ ، وإنَّما فُسِخَ النِّكاحُ بوُجُودِ ما يُنافِيه ، فأشْبَهَ انْفِساخَه بإسْلامِ أحَدِهما (١أو رِدَّتِه١) .

فصل : ولو مَلَكَ الرجلُ بعضَ زَوْجَتِه ، انفسخَ نِكاحُها ، وحَرُمَ وَطْؤُها ، فى قولِ عامَّةِ المُفْتِينَ ، حتى يَسْتَخْلِصَها ، فيَحِلُّ له وَطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ . ورُوِىَ عن قَتادَةَ أنَّه قال[٢] : لم يَزِدْه مِلْكُه فيها إلَّا قُرْبًا . وليس بصحيحٍ ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يَبْقَى فى بعضِها ، ومِلْكَه لم يَتِمَّ عليها ، ولا يَثْبُتُ الحِلُّ فيما لا يَمْلِكُه ولا نِكاحَ فيه .

٣١٧٠ – مسألة : (ومَنْ جَمَع بينَ مُحَلَّلَةٍ ومُحَرَّمَةٍ فِى عَقْدٍ واحِدٍ ، فهل يَصِحُّ فى مَن تَحِلُّ ؟ على رِوايَتَيْن) وإذا عَقَد النِّكاحَ على أُخْتِه وأجْنَبِيَّةٍ مَعًا ، بأن يكونَ لرجلٍ أُخْتٌ وابنةُ عَمٍّ ، إحداهُما رَضِيعَةٌ

الإنصاف

زَوْجِها تُخْبِرُه : إنِّى قد حَرُمْتُ عليكَ ، ونكَحْتُ غيرَكَ ، وعليكَ نَفَقَتِى ونَفَقةُ زَوْجِى . فهذه امْرَأَةٌ مَلَكَتْ[٣] زَوْجَها ، وتزَوَّجَتْ ابنَ عَمِّها . فيُعايَى بها . وتقدَّمَ جوازُ تزْوِيجِ بِنْتِه بعَبْدِه ، عندَ تولِّى طرَفَىِ العَقْدِ . ويأْتِى ذلك فى أواخِرِ بابِ التَّأْوِيلِ فى الحَلِفِ بأتَمَّ مِن هذا .

قوله : ومَن جَمَع بينَ مُحَرَّمَةٍ ومُحَلَّلَةٍ فى عَقْدٍ واحِدٍ ، فهل يصحُّ فى مَن تحِلُّ ؟

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « ملك » .

الشرح الكبير

للمتزوِّجِ[1] ، فيقولَ له : زَوَّجْتُكَهُما . فيَقْبَلُ ذلك ، فالمنصوصُ صِحَّةُ نِكاحِ الأَجْنَبِيَّةِ ، فيما ذَكَره الخِرَقِيُّ . ونَصَّ فى مَن تَزَوَّجَ حُرَّةً وأَمَةً ، أنَّه يَثْبُتُ نِكاحُ الحُرَّةِ ، ويُفارِقُ الأَمَةَ . وذَكَر شيخُنا[2] فيه رِوَايَتَيْن ؛ إحداهما ، يَفْسُدُ فيهما . وهو أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ، [3]واختيارُ أبى بكرٍ[3] ؛ لأنَّه عَقْدٌ واحدٌ جَمَع حَلالًا وحَرامًا ، فلم يَصِحَّ ، كما لو جَمَع بينَ أُخْتَيْن . والثانيةُ ، يَصِحُّ فى الحُرَّةِ . وهى أظهرُ الرِّوايَتَيْن . وهو قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وأصحابِ الرَّأْىِ ؛ لأنَّها مَحَلٌّ قابلٌ للنِّكاحِ ، أُضِيفَ إليها عَقْدٌ صادِرٌ مِن أهْلِه ، لم يَجْتَمِعْ معها فيه مِثْلُها ، فصَحَّ ، كما لو انْفَرَدَتْ به ، [١٢٥/٦و] وفارَقَ العَقْدَ على الأُخْتَيْن ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ [4]لإِحداهما على الأُخْرَى[4] ، وهٰهُنا قد تَعَيَّنَتِ التى بَطَل النِّكاحُ فيها . فعلى هذا القولِ ،

الإنصاف

على رِوايتَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ؛ إحْداهما ، يصِحُّ فى مَن تحِلُّ . وهو المذهبُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : والمَنْصوصُ صِحَّةُ نِكاحِ الأَجْنَبِيَّةِ . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » . وجزَم به الخِرَقِيُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرُهم . واخْتارَه القاضى فى « تَعْليقِه » ، والشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ،

---

(١) فى الأصل : « للمتزوجة » .

(٢) فى : المغنى ٥٣٦/٩ .

(٣ - ٣) فى م : « واختاره أبو بكر » .

(٤ - ٤) فى الأصل : « لأحدهما على الآخر » .

الشرح الكبير

يكونُ لها مِن المُسَمَّى بقِسْطِ مَهْرِ مِثْلِها منه . وفيه وَجْهٌ آخَرُ ، أنَّ لها نِصْفَ المُسَمَّى . وأصْلُ هذين الوَجْهَيْن ، إذا تزَوَّجَ امرأتَيْن يجوزُ له نِكاحُهُما بمَهْرٍ واحدٍ ، هل يكونُ بينَهما على قَدْرِ صَدَاقِهما ، أو نِصْفَيْن ؟ على وَجْهَيْن ، يَأْتِى ذِكْرُهما إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : ولو تزَوَّجَ يَهُودِيَّةً ومَجُوسِيَّةً ، أو مُحَلَّلَةً (١ومُحَرَّمَةً١) ، فى عقدٍ واحدٍ ، فَسَدَ فى المَجوسِيَّةِ والمُحَرَّمَةِ ، وفى الأُخْرَى وَجْهان . وإن نَكَحَ أرْبَعَ حَرائِرَ وأمَةً ، فَسَد فى الأمَةِ ، وفى الحَرائِرِ وَجْهان . وإن نكَح العَبْدُ حُرَّتَيْن وأمَةً ، بَطَل نِكاحُ الجميعِ . وإن تَزَوَّجَ امرأةً وابْنَتَها فَسَد فيهما ؛ لأنَّ الجمعَ بينَهما مُحَرَّمٌ ، فلم يَصِحَّ فيهما[٢] ، كالأُخْتَين .

الإنصاف

و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ .

فائدة : لو تزَوَّج أُمًّا وبِنْتًا فى عَقْدٍ واحدٍ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ النِّكاحان معًا . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . والوَجْهُ الثَّانى ، يَبْطُلُ نِكاحُ الأُمِّ وحدَها . ذكَرَه فى « الكافِى » . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » . وصحَّحَه فى الفائدَةِ الأخيرَةِ مِنَ « القَواعِدِ » . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « القَواعِدِ الفِقْهِيَّةِ » ، فى « التَّاسِعَةِ بعدَ المِائةِ » .

(١ - ١) فى م : « أو محرمة » .

(٢) فى الأصل : « بينهما » .

المقنع وَمَنْ حَرُمَ نِكَاحُهَا ، حَرُمَ وَطْؤُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، إِلَّا إِمَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ .

الشرح الكبير **٣١٧١** - مسألة : (و) كلُّ (مَن حَرُم نِكاحُها حَرُم وَطْؤُها بمِلْكِ اليمينِ ، إلَّا إماءَ أهْلِ الكتابِ) الكلامُ في هذه المسألةِ في فصلَيْن ؛ أحدُهما ، أنَّ إماءَ[1] أهلِ الكتاب حَلالٌ . وهذا قولُ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الحسنَ ، فإنه كَرِهَه ؛ لأنَّ الأمَةَ الكِتابيَّةَ يَحْرُمُ نِكاحُها ، فحَرُمَ التَّسَرِى بها ، كالمَجُوسِيَّةِ . ولَنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾[2] . ولأنَّها مِمَّن يَحِلُّ نِكاحُ حَرائِرِهم ، فحَلَّ له التَّسَرِى بها ، كالمُسْلِمَةِ . فأمَّا نِكاحُها ، فيَحْرُمُ ؛ لأنَّ فيه إرْقاقَ وَلَدِه ، وإبْقاءَه مع كافِرَةٍ ، بخِلافِ التَّسَرِى . الفصلُ الثانى ، أنَّ مَن حَرُمَ نِكاحُ حَرائِرِهم مِن المَجُوسِيَّاتِ وسائرِ الكَوافِرِ سِوَى أهلِ الكتابِ ، لا يُبَاحُ وَطْءُ الإماءِ منهنَّ بمِلْكِ اليمينِ . في قولِ أكثرِ أهلِ العِلمِ ؛ منهم الزُّهْرِىُّ ، وسعيدُ بنُ جُبَيْرٍ ، والأوْزاعِىُّ ، والثَّوْرِىُّ ، وأبو حنيفةَ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[3] : على هذا جَماعَةُ فُقَهاءِ الأمصارِ ، وجمهورُ العلماءِ ، وما خالَفه فشُذُوذٌ لا يُعَدُّ خِلافًا ، ولم يَبْلُغْنا إباحَةُ ذلك إلَّا عن طاوُسٍ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ

الإنصاف قوله : ومَن حَرُمَ نِكاحُها ، حَرُمَ وَطْؤُها بمِلْكِ اليَمِينِ ، إلَّا إماءَ أهْلِ الكِتابِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢) سورة المؤمنون ٦ ، وسورة المعارج ٣٠ .

(٣) انظر : الاستذكار ١٦/٢٦٥ .

الشرح الكبير

إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾[1] . وقوله : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[2] الآية . وروَى أبو سعيدٍ أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ بَعث يَوْمَ حُنَيْنٍ[3] بَعْثًا قِبَلَ أَوْطَاسٍ[4] ، فأَصابُوا لهم سَبَايَا ، (5فكان ناسٌ5) مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ تَحَرَّجُوا مِن غِشْيَانِهِنَّ مِن أجْلِ أَزْواجِهنَّ مِن المشْرِكِينَ ، فأنْزَلَ اللهُ عزَّ وجلَّ فى ذلك : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَـٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ ﴾ . قال : فهُنَّ لهم حلالٌ إذا انْقَضَتْ عِدَّتُهنَّ . وعنه ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال فى سَبَايَا أَوْطاسٍ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا (6غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ6) حتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً » . رَواهما أبو داودَ[7] . وهذا حديثٌ[8] صحيحٌ . وهم

الإنصاف

هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، جَوازَ وَطْءِ إماءِ غيرِ [٢٧/٣ظ] أهْلِ الكِتابِ . وذكَرَه ابنُ أبى شَيْبَةَ فى « كِتابِه »[9] ،

(١) سورة النساء ٢٤ .

(٢) سورة المؤمنون ٥ ، ٦ ، سورة المعارج ٢٩ ، ٣٠ .

(٣) فى م : « خيبر » .

(٤) أوطاس : واد فى ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ١/٤٠٥ .

(٥ - ٥) كذا فى النسختين ، وعند مسلم : « فكأن ناسا » . وعند النسائى : « فكان المسلمون » .

(٦ - ٦) فى م : « ذات حليل » .

(٧) فى : باب وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٩٧ .

كما أخرج الأول مسلم ، فى : باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء ... ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ٢/١٠٧٩ ، ١٠٨٠ . والنسائى ، فى : باب تأويل قول الله عز وجل : ﴿ والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم ﴾ ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/٩١ .

والثانى تقدم تخريجه فى صفحة ٣٣٦ .

(٨) سقط من : م .

(٩) المصنف ٤/١٧٨ .

الشرح الكبير

عَبَدَةُ أَوْثَانٍ . [٦/١٢٥ظ] وهذا ظاهرٌ فى إباحَتِهِنَّ ، ولأنَّ الصحابةَ فى عصرِ النبيِّ ﷺ كان أكثرُ سَبَايَاهُم مِن كُفَّارِ العَرَبِ ، وهم عَبَدَةُ الأوثانِ ، فلم يكُونُوا يَرَوْنَ تَحْرِيمَهُنَّ لذلك ، ولا نُقِلَ عن النبىِّ ﷺ تَحْرِيمُهُنَّ ، ولا أَمَرَ الصحابةَ باجْتِنَابِهِنَّ ، وقد دَفَعَ أبو بَكْرٍ إلى سَلَمَةَ بنِ الأَكْوَعِ امرأةً مِن بعضِ السَّبْىِ ، نَفَلَه إيَّاها ، وأخَذَ عمرُ وابنُه مِن سَبْىِ هَوازِنَ ، وكذلك غيرُهما مِن الصحابةِ ، وأُمُّ محمدِ بنِ الحَنَفِيَّةِ مِن سَبْىِ بَنِى حنيفةَ ، وأخَذَ الصَّحابةُ سَبَايَا فَارِسَ ، وهم مَجُوسٌ ، فلم يَبْلُغْنا أنَّهم اجْتَنَبُوهُنَّ ، وهذا ظاهِرٌ فى إباحَتِهِنَّ ، لولا اتِّفَاقُ سائِرِ أهلِ العلمِ على خِلافِه . وقد أَجَبْتُ عن حديثِ أبى سعيدٍ بأَجْوِبَةٍ ، منها ، أنَّه يَحْتَمِلُ أنَّهُنَّ أَسْلَمْنَ ، كذلك رُوِىَ عن أحمدَ ، حينَ سَأَلَه محمدُ بنُ الحَكَمِ ، قال : قلْتُ لأبى عبدِ اللهِ : فهَوازِنُ[1] : أليسَ كانُوا عَبَدَةَ أوثانٍ ؟ قال : لا أدْرِى ، كانوا أَسْلَمُوا[2] أو لا . وقال ابنُ عبدِ البَرِّ : إباحَةُ وَطْئِهِنَّ مَنْسُوخَةٌ بقولِه تعالى : ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ﴾[3] .

الإنصاف

عن سَعِيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، وعَطاءٍ ، وطَاوُسٍ ، وعَمْرِو بنِ دِينارٍ ، فلا يصِحُّ ادِّعاءُ الإجْماعِ مع مُخالَفَةِ هؤلاءِ .

---

(١) سقط من : « م » .

(٢) فى الأصل : « مسلمين » .

(٣) سورة البقرة ٢٢١ .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : إِذَا قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُمْنَعْ مِنْ نِكَاحِ النِّسَاءِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ بِغَيْرِ ذَلِكَ بَعْدُ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إِلَّا رَجُلًا .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (ولا يَحِلُّ نِكاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ حتى يَتَبَيَّنَ أمرُه . نَصَّ عليه) في رِوايةِ المَيْمُونِيِّ . وذَكَرَه أبو إسحاقَ مذهبًا للشافعيِّ ؛ وذلك لأنَّه لم يَتَحقَّقْ وُجُودُ ما يُبِيحُ له النِّكاحَ ، فلم يُبَحْ له ، كما لو اشْتَبَهَتْ عليه أُخْتُه بِنِسْوَةٍ ، ولأنَّه قد اشْتَبَهَ المُباحُ بالمحظورِ في حَقِّه ، فحَرُمَ ؛ لِما ذَكَرْنا (وقال الخِرَقِيُّ : إذا قال : أنا رجلٌ . لم يُمْنَعْ مِن نِكاحِ النِّساءِ ، ولم يَكُنْ له أن يَنْكِحَ بغيرِ ذلك بعدُ ، وإن قال : أنا امرأةٌ . لم يَنْكِحْ إلَّا رجلًا) وذلك لأنَّه لا يَخْلُو مِن أن يكونَ رَجلًا أو امرأةً ، قال اللهُ تعالى : ﴿ وَأَنَّهُۥ خَلَقَ ٱلزَّوْجَيْنِ ٱلذَّكَرَ وَٱلْأُنثَىٰ ﴾[1] . وقال تعالى : ﴿ وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ﴾[2] . فليس ثَمَّ خَلْقٌ ثالثٌ .

الإنصاف

قوله : ولا يَحِلُّ نِكاحُ خُنْثَى مُشْكِلٍ حتى يَتَبَيَّنَ أمْرُه . نَصَّ عليه في رِوايَةِ المَيْمُونِيِّ . وهو المذهبُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وابنُ عَقِيلٍ . وجزَم به في « الوَجيزِ » . وقدَّمه في « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : يحِلُّ نِكاحُه . ذكَرَه في « الرِّعايَةِ » . وقال الخِرَقِيُّ : إذا قال : أنا رَجُلٌ . لم يُمْنَعْ مِن نِكاحِ النِّساءِ ، و لم

---

(١) سورة النجم ٤٥ .

(٢) سورة النساء ١ .

الشرح الكبير

فإذا كان مُشْكِلًا لم يَظْهَرْ فيه علاماتُ الرجالِ ولا النِّساءِ ، فقد اخْتَلَفَ فيه أصحابُنا ، واختارَ الخِرَقِىُّ ، أنَّه يُرْجَعُ إلى قولِه ، فإن[1] ذَكَر أنَّه رجلٌ ، وأنَّه يَمِيلُ طَبْعُه إلى نِكاحِ النِّساءِ ، فله نِكاحُهُنَّ ، وإن ذَكَر أنَّه امرأةٌ ، يَمِيلُ طبْعُه إلى الرجالِ ، زُوِّجَ رجلًا ؛ لأنَّه مَعْنًى لا يُتَوَصَّلُ إليه إلَّا مِن جِهَتِه ، وليس فيه إيجابُ حَقٍّ على[2] غيرِه ، فقُبِلَ قولُه فيه ، كما يُقْبَلُ قولُ المرأةِ فى حَيْضِها وعِدَّتِها ، وقد يَعْرِفُ نَفْسَه بمَيْلِ طبعِه إلى أحدِ الصِّنْفَيْن ، وشَهْوَتِه له ، فإنَّ اللهَ تعالى أجْرَى العادَةَ فى الحيواناتِ بمَيْلِ الذَّكَرِ إلى الأُنْثَى ، ومَيْلِها إليه ، وهذا المَيْلُ أمرٌ فى النَّفْسِ والشَّهْوَةِ ، لا يَطَّلِعُ عليه غيرُه ، وقد تَعَذَّرَتْ علينا مَعْرِفَةُ عَلاماتِه الظاهرةِ ، فيُرْجَعُ فيه إلى الأُمورِ الباطِنَةِ فيما يَخْتَصُّ هو بحُكْمِه . وأمّا الميراثُ والدِّيَةُ ، فإن أقَرَّ على نَفْسِه بما يُقَلِّلُ[3] مِيراثَه أو دِيَتَه ، قُبِلَ منه ، وإنِ ادَّعَى ما يَزِيدُ ذلك ،

الإنصاف

يكُنْ له أنْ ينْكِحَ بغيرِ ذلك بعدُ ، وإنْ قال : أنا امْرَأةٌ . لم تنْكِحْ إلَّا رَجُلًا . واخْتارَه القاضى فى « الرِّوايتَيْن » . فعلى هذا ، لو قال : أنا رَجُلٌ . وقبِلْنا قوْلَه فى ذلك فى النِّكاحِ ، فهل يثْبُتُ فى حقِّه سائرُ أحْكامِ الرِّجالِ تَبعًا للنِّكاحِ ، ويزُولُ بذلك إشْكالُه ، أم يُقْبَلُ قوْلُه فى حقُوقِ اللهِ تعالَى ، وفيما عليه مِن حقُوقِ الآدَمِيِّين ، دُونَ ما له منها ، لئَلَّا يَلْزَمَ قَبولُ قوْلِه فى اسْتِحْقاقِه بميراثِ ذَكَرٍ[4] ودِيَتِه ؟ فيه وَجْهان . ذكَرَه فى « القاعِدَةِ الثَّالثَةِ والثَّلاثِينَ بعدَ المِائةِ » .

---

(١) فى م : « قال » .

(٢) فى م : « إلى » .

(٣) فى الأصل : « يقبل » .

(٤) سقط من : الأصل .

المقنع

فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ قَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . انفَسَخَ نِكَاحُهُ ،........

الشرح الكبير

لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ فيه [٦/١٢٦و] فلا يُقبَلُ قولُه على غيرِه . وما كان مِن عِباداتِه وسُتْرَتِه وغيرِ ذلك ، فيَنْبَغِى أن يُقبَلَ قولُه فيه ؛ لأنَّه حُكْمٌ بَيْنَه وبين اللهِ تعالى . قال القاضى : ويُقبَلُ قولُه فى الإمامَةِ ، ووِلايَةِ النِّكاحِ ، وما لا يُثْبِتُ حقًّا[(١)] [(٢)]على غيرِه . وإذا زُوِّجَ امرأةً أو[(٣)] رجلًا ، ثم عاد فقال خلافَ قولِه الأوَّلِ ، لم يُقبَلْ قولُه فى التَّزْويجِ[(٢)] بغيرِ الجِنْسِ الذى زُوِّجَه أوَّلًا ؛ لأنَّه مُكَذِّبٌ لنَفْسِه ، ومدَّعٍ ما يُوجِبُ الجَمْعَ بينَ تَزْوِيجِ الرجالِ والنساءِ .

٣١٧٢ – مسألة : (فإن تَزَوَّجَ امرأةً ثم قال : أنا امرأةٌ . انْفَسَخَ نِكاحُه) لإقْرارِه ببُطْلانِه ، ولَزِمَه نصْفُ المَهْرِ إن كان قبلَ الدُّخولِ ، وجَميعُه إن كان بعدَه ، ولا يَحِلُّ له بعدَ ذلك أن يَنْكِحَ ؛ لأنَّه أقَرَّ بقولِه : أنا رجلٌ . بتَحريمِ الرجالِ ، وأقرَّ بقوله : أنا امرأةٌ . بتحريمِ النِّساءِ .

الإنصاف

قوله : فإنْ تزوَّجَ امْرأَةً ثم قالَ : أنا امْرأَةٌ . انْفَسَخَ نِكاحُه . هذا تفْريعٌ على قولِ الخِرَقِىِّ ، والصَّحيحُ أنَّه يُقبَلُ قوْلُه فى ذلك . واخْتارَه المُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، وغيرُهما . وقدَّمه الزَّرْكَشِىُّ . وقال القاضى : لا يُقْبَلُ قوْلُه : أنا امْرأَةٌ . بعدَ قوْلِه : أنا رَجُلٌ . وعلَّله بأنَّه يُريدُ أنْ يُسْقِطَ عنه مَهْرَ المَرْأَةِ . وهذا ظاهِرُ كلامِ أبى الخَطَّابِ ، وابنِ عَقِيلٍ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وفى نِكاحِه لما يُسْتَقْبَلُ الوَجْهان الآتِيان

---

(١) فى الأصل : « جمعا » .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « و » . وانظر المغنى ٩٥/١٠ .

المقنع وَلَوْ زُوِّجَ بِرَجُلٍ ثُمَّ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُقبَلْ قَوْلُهُ فِى فَسْخِ النِّكَاحِ .

الشرح الكبير **٣١٧٣** – مسألة : (وإن تزَوَّجَ رجلًا ثم قال : أنا رجلٌ . لم يُقْبَلْ قولُه فى فَسْخِ نِكاحِه) لأنَّه حقٌّ[1] عليه . فإذا زَال نِكاحُه فلا مَهْرَ له لأنَّه يُقِرُّ أنَّه لا يَسْتَحِقُّه ، وسَواءٌ دُخِلَ به[2] أو لم يُدْخَلْ . ويَحْرُمُ عليه[3] النِّكاحُ بعدَ ذلك ؛ لِما ذَكَرْنا . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف بعدُ .

فوائد ؛ الأُولَى ، على قَوْلِ الخِرَقِىِّ : لو لم يكُنْ متزَوِّجًا ، ورجَع عن قوْلِه الأوَّلِ ، بأنْ قال : أنا رَجُلٌ . ثم قال : أنا امْرَأَةٌ . أو عكْسُه . فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ والأصحابِ ، أنَّ له نِكاحَ ما عادَ إليه . قالَه فى « المُحَرَّرِ » . وهو الصَّحيحُ . قال فى « الفُروعِ » : فلو عادَ عن قوْلِه الأوَّلِ ، فله نِكاحُ ما عادَ إليه ، فى الأصحِّ . وقال فى « المُحَرَّرِ » : يُمْنَعُ مِن نِكاحِ الصِّنْفَيْن عندِى . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو ظاهِرُ كلامِ أبِى محمدٍ فى « الكافِى » . الثَّانيةُ ، قال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » : لا يجوزُ الوَطْءُ فى الفَرْجِ الزَّائدِ . قلتُ : إذا زوَّجْناه على أنَّه أُنْثَى ، لم يُسْتَبْعَدْ جوازُ وَطْئِه فيه ، كما يجوزُ مُباشَرَتُه فى سائرِ بدَنِه ، غيرَ دُبُرِه . الثَّالثةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لا يحْرُمُ فى الجَنَّةِ زِيادَةُ العَدَدِ ، ولا الجَمْعُ بينَ المَحارِمِ ، وغيرُه ، واللهُ أعلمُ .

---

(١) فى م : « لا حق » .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

المقنع

بَابُ الشُّرُوطِ فِى النِّكَاحِ

....

الشرح الكبير

بابُ الشُّرُوطِ فى النِّكاحِ

....

الإنصاف

بابُ الشُّروطِ فى النِّكاحِ

فائدتان ؛ إحْداهما ، الشُّروطُ المُعْتَبَرَةُ فى النِّكاحِ ، فى هذا البابِ محَلُّ ذِكْرِها صُلْبُ العَقْدِ . قالَه فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « النَّظْمِ » . وقالَه القاضى ، فى مَوْضِعٍ مِن كلامِه . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وكذا لو اتَّفقا عليه قبلَ العَقْدِ ، فى ظاهِرِ المذهبِ . وقال : على هذا جَوابُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَسائلِ الحِيَلِ ؛ لأنَّ الأمْرَ بالوَفاءِ بالشُّروطِ والعُقودِ والعُهودِ يتناوَلُ ذلك تناوُلًا واحِدًا . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهذا ظاهِرُ إطْلاقِ الخِرَقِىِّ ، وأبى الخَطَّابِ ، وأبى محمدٍ ، وغيرِهم . قال : وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى « فَتاوِيه » : إنَّه ظاهِرُ المذهبِ ، ومَنْصُوصُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وقوْلُ قُدَماءِ أصحابِه ، ومُحَقِّقِى المُتأَخِّرِين . انتهى . قلتُ : وهو الصَّوابُ الذى لا شَكَّ فيه . الثَّانيةُ ، لو وقَع الشَّرْطُ بعدَ العَقْدِ ولُزومِه ، فالمَنْصوصُ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه لا يلْزَمُه . قال ابنُ رَجَبٍ : ويتَوَجَّهُ صِحَّةُ الشَّرْطِ فيه ؛ بِناءً على صِحَّةِ الاسْتِثْناءِ منْفَصِلًا بنيَّةٍ بعدَ اليَمِينِ ، لاسِيَّما والنِّكاحُ تصِحُّ الزِّيادَةُ فيه فى المَهْرِ بعدَ عَقْدِه ، بخِلافِ البَيْعِ ، ونحوِه .

المقنع

وَهِىَ قِسْمَانِ ؛ صَحِيحٌ ، مِثْلَ اشْتِرَاطِ زِيَادَةٍ فِى الْمَهْرِ أَوْ نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا أَوْ بَلَدِهَا ، أَوْلَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أَوْ لَا يَتَسَرَّى ، فَهَذَا صَحِيحٌ لَازِمٌ ، إِنْ وَفَّى بِهِ ، وَإِلَّا فَلَهَا

الشرح الكبير

(وهى قِسْمان ؛ صحيحٌ) وفاسدٌ ، فالصحيحُ نوعان ؛ أحدُهما ، يَقْتَضِيه العَقْدُ ، كتَسْليمِ المرأةِ إليه وتَمْكِينِه[1] مِن الاسْتِمْتاعِ بها ، فهذا لا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ ، وُجُودُه كعدَمِه . الثانى ، شَرْطُ ما تَنْتَفِعُ به المرأةُ ، كزيادةٍ على مَهْرِها (أو نَقْدٍ مُعَيَّنٍ) فهو صحيحٌ يَجِبُ الوَفاءُ به ، كالثَّمَنِ فى البَيْعِ[2] .

٣١٧٤ – مسألة : (فإن شَرَط أن لا يُخْرِجَها مِن دارِها أو بَلَدِها ، أو لا يَتَزَوَّجَ عليها ، أو لا يَتَسَرَّى ، فهو صحيحٌ لازِمٌ إن وَفَّى به ، وإلَّا

الإنصاف

قوله : وهى قِسْمَان ؛ صَحِيحٌ ، مِثْلَ اشْتِراطِ زِيادَةٍ فى المَهْرِ أو نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أو لا يُخْرِجُها مِن دارِها أو بَلَدِها ، أو أنْ لا يَتَزَوَّجَ عليها ولا يَتَسَرَّى . فهذا صحيحٌ لازِمٌ ، إنْ وفَّى به ، وإلَّا فلها الفَسْخُ . هذا المذهبُ بلا رَيْبٍ ، وعليه الأصحابُ . وهو مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . [3]وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ظاهِرُ الأثَرِ والقِياسِ ، يقْتَضِى منْعَه مِن فِعْلِ ذلك الشَّرْطِ الصَّحيحِ[3] . وحكَى القاضى أبو الحُسَيْنِ ، عن شيْخِه أبى جَعْفَرٍ [٢٨/٣و] رِوايَةً ، أنَّه لا يصِحُّ شَرْطُ أنْ لا[4]

---

(١) فى م : « تمليكه » .

(٢) فى م : « المبيع » .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

[٢٠٧ظ] الْفَسْخُ .

فلها الفَسْخُ) يُرْوَى ذلك عن عمرَ بنِ الخطابِ ، وسعدِ بنِ أبى وَقّاصٍ ، ومعاويةَ ، وعمرِو بنِ العاصِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال شُرَيْحٌ ، وعمرُ ابنُ عبدِ العزيزِ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وطاوُسٌ ، والأوْزاعِىُّ ، وإسحاقُ . وأبْطَلَ هذه الشُّروطَ الزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، وهشامُ بنُ عُرْوَةَ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : يَفْسُدُ المَهْرُ ، ولها مَهْرُ المِثْلِ . واحْتَجُّوا بقولِ النبىِّ ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ »(١) . وهذا ليس فى كتابِ اللهِ ؛ لأَنَّ الشَّرْعَ لا يَقْتَضِيه . وبقولِ النبىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ ، إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا ، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا »(٢) . وهذا يُحَرِّمُ الحَلالَ . وهو التزويجُ والتَّسَرِّى والسَّفَرُ ،

يُسافِرَ بها ، ولا يتزَوَّجَ ، ولا يتَسَرَّى عليها . ويأْتِى فى الصَّداقِ ، بعدَ قوْلِه : وإذا تَزَوَّجَها على صَداقَيْن ؛ سِرٍّ وعَلانِيَةٍ . لُحوقُ الزِّيادَةِ فى الصَّداقِ بعدَ العَقْدِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

فوائد ؛ إحْداها ، اخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، صِحَّةَ شَرْطِ أنْ لا يتزَوَّجَ عليها ، أو إنْ تزَوَّجَ عليها ، فلها أنْ تُطَلِّقَ نفْسَها . الثَّانيةُ ، ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ أبى الحارِثِ ، صِحَّةُ دَفْعِ كلِّ واحدٍ مِنَ الزَّوْجَيْن إلى الآخَرِ مالًا على أنْ لا يتزَوَّجَ ، أمَّا الزَّوْجُ ، فمُطْلَقًا ، وأمَّا الزَّوْجَةُ ،

(١) تقدم تخريجه فى ١١/٢٣٤ ، ٢٣٥ .

(٢) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ ، وانظر ما تقدم فى ١٩/٢٠ .

الشرح الكبير

ولأنَّ هذا شَرْطٌ ليس مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ ولا مُقْتَضاه ، و لم يُبْنَ على التَّغْلِيب والسِّرَايةِ ، فكان فاسِدًا ، كما لو شَرطَتْ أن لا تُسَلِّمَ نَفْسَها . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « إنَّ أحَقَّ ما وَفَّيْتُمْ بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . رَواه سعيدٌ[(١)] . وفى لَفْظٍ : « إنَّ أَحَقَّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهَا ، مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عليه[(٢)] . وقولُ النبيِّ ﷺ [٦/١٢٦ظ] : « المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » . ولأنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصحابةِ ، ولا يُعْرَفُ لهم مُخالِفٌ فى عَصْرِهم ، فكان إجماعًا . ورَوَى الأَثْرَمُ بإسْنادِه ، أنَّ رجلًا تَزَوَّجَ امرأةً ، وشَرَط لها دارَها ، ثم أراد نَقْلَها ، فخاصَمُوه إلى عمرَ ، فقال : لها شَرْطُها . فقال الرجل : إذًا يُطَلِّقْننا . فقال عمرُ : مَقَاطِعُ الحُقُوقِ عندَ الشُّرُوطِ[(٣)] . ولأنَّه شَرْطٌ لها[(٤)] فيه مَنْفَعَةٌ ومَقْصُودٌ لا يَمْنَعُ

الإنصاف

فبعدَ مَوْتِ زَوْجِها ، ومَن لم يَفِ بالشَّرْطِ لم يَسْتَحِقَّ العِوَضَ ؛ لأنَّها هِبَةٌ مشْرُوطَةٌ

---

(١) فى : باب ما جاء فى الشرط فى النكاح . سنن سعيد بن منصور ١ / ١٨٠ .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب الشروط فى المهر عند عقدة النكاح ...، من كتاب الشروط ، وفى : باب الشروط فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣/٢٤٩ ، ٧/٢٦ . ومسلم ، فى : باب الوفاء بالشرط فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/١٠٣٦ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٩٣ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٥٨ . والدارمى ، فى : باب الشرط فى النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٤٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤/١٤٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

(٣) أخرجه سعيد ، فى : سننه ١/١٨٥ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/١٩٩ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/٢٤٩ . وعلق البخارى قوله : مقاطع الحقوق عند الشروط . فى الموضعين السابقين .

كما أخرج البيهقى عن عمر خلاف ذلك ، فى : السنن الكبرى ٧/٢٤٩ . وانظر الإرواء ٦/٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٤) فى م : « له » .

الشرح الكبير

المَقْصُودَ مِن النِّكاحِ ، فكان لازِمًا ، كما لو اشْتَرَطَتْ زِيادَةً فى المَهْرِ أو غيرَ نَقْدِ البَلَدِ . وأمّا قولُه ﷺ : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِى كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ » . أى ليس فى حُكْمِ اللهِ وشَرْعِه ، وهذا مَشْرُوعٌ ، قد ذَكَرْنا ما دَلَّ على مَشْرُوعِيَّتِه ، وعلى مَن نَفَى ذلك الدليلُ . وقولُهم : إنَّ هذا يُحَرِّمُ الحَلالَ . قُلْنا : لا يُحَرِّمُ حلالًا ، وإنَّما يُثْبِتُ للمَرْأةِ خِيارَ الفَسْخِ إن لم يَفِ لها به . وقولُهم : ليس مِن مَصْلَحَةِ العَقْدِ . مَمْنُوعٌ ، فإنَّه مِن مَصْلَحَةِ المَرْأةِ ، وما كان مِن مصلحةِ العاقِدِ كان مِن مصلحةِ عَقْدِه ، كاشْتِرَاطِ

الإنصاف

بشَرْطٍ ، فتَنْتَفِى بانْتِفائِه . وقال المَجْدُ فى « شَرْحِه » : لو شرَط أحدُ الزَّوْجَيْن على الآخَرِ أنْ لا يتزَوَّجَ بعدَه ، فالشَّرْطُ باطِلٌ فى قِياسِ المذهبِ . ووَجْهُه ، أنَّه ليس فى ذلك غَرَضٌ صحيحٌ ، بخِلافِ حالِ الحَياةِ ، واقْتَصَرَ فى « الفُروعِ » على ذِكْرِ رِوايَةِ أبِى الحارِثِ . وتقدَّم فى بابِ المُوصَى له[1] : لو أوْصَى لأُمِّ وَلَدِه على أنْ لا تتزَوَّجَ . الثَّالثةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو خدَعَها فسافَرَ بها ، ثم كَرِهَتْه ، لم يكُنْ له أنْ يُكْرِهَها بعدَ ذلك . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيه على الفُروعِ » : هذا إذا لم تُسْقِطْ حقَّها واضِحٌ ، أمَّا لو أسْقَطَتْ[2] حقَّها مِنَ الشَّرْطِ ، احْتَمَلَ أنْ يكونَ لها الرُّجوعُ فيه ، كهِبَةِ حَقِّها مِنَ القَسْمِ ، واحْتَمَلَ أنْ لا يكونَ لها العَوْدُ فيه ، كما لو أسْقَطَتْ حقَّها مِن بعضِ مَهْرِها المُسَمَّى ، والفَرْقُ واضِحٌ ، فذكَرَه . انتهى . قلتُ : الصَّوابُ أنَّها إذا أسْقَطَتْ حقَّها ، يسْقُطُ مُطْلَقًا . وقال أيضًا : لو شرَط أنْ لا يُخْرِجَها مِن مَنْزِلِ أبوَيْها ، فماتَ الأبُ ، فالظَّاهِرُ أنَّ الشَّرْطَ يبْطُلُ . ويَحْتَمِلُ أنْ لا يُخرِجَها مِنَ مَنْزِلِ أُمِّها ، إلَّا أنْ تتزَوَّجَ الأُمُّ . ولو تعذَّرَ

---

(١) انظر ٢٨٨/١٧ .

(٢) فى ط : « أسقط » .

الشرح الكبير

الرَّهْنِ والضَّمِينِ (١في البَيْعِ ١) ، ثم يَبْطُلُ بالزِّيادَةِ على مَهْرِ المِثْلِ . وإذا ثَبَت أنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فلم يَفِ به ، فلها الفَسْخُ ، ولهذا قال عمرُ للذى قَضَى عليه بلُزُومِ الشَّرْطِ - حينَ قال : إذًا يُطَلِّقْنَنا -: مَقاطِعُ الحُقُوقِ عندَ الشُّرُوطِ . و لم يَلْتَفِتْ إلى قولِه . ولأنَّه شَرْطٌ لازِمٌ فى عَقْدٍ ، فيَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بتَرْكِ[٢] الوَفاءِ به ، كالرَّهْنِ فى البَيْعِ .

الإنصاف

سُكْنَى المَنْزِلِ ؛ لخَرابٍ وغيرِه ، فهل يسْقُطُ حقُّها مِنَ الفَسْخِ بنَقْلِها عنه ؟ أفتَيتُ بأنَّه إنْ نقلَها إلى مَنْزِلٍ ترْتَضِيه هى ، فلا فَسْخَ ، وإنْ نَقَلَها إلى مَنْزِلٍ لا ترْتَضِيه ، فلها الفَسْخُ ، و لم أقِفْ فيه على نَقْلٍ . انتهى . قلتُ : الصَّوابُ أنَّ له أنْ يسْكُنَ بها حيث أرادَ ؛ سواءٌ رَضِيَتْ ، أو لا ؛ لأنَّه الأصْلُ والشَّرْطُ عارِضٌ ، وقد زالَ ، فرَجَعْنا إلى الأصْلِ ، وهو مَحْضُ حقِّه . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى مَن شرَط لها أنْ يُسْكِنَها بمَنْزِلِ أبِيه ، فسكَنَتْ ، ثم طلَبَتْ سُكْنَى مُنْفَرِدَةً ، وهو عاجِزٌ : لا يَلْزَمُه ما عجَز عنه ، بل لو كان قادرًا ليس لها ، على قَوْلٍ فى مذهبِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، غيرُ ما شرَطَتْ لها . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال . قال : والظَّاهِرُ أنَّ مُرادَهم صِحَّةُ الشَّرْطِ فى الجُمْلَةِ ، بمَعْنَى ثُبوتِ الخِيارِ لها بعدَمِه ، لا أنَّه يلْزَمُها ؛ لأنَّه شَرْطٌ لَحِقَها[٣] لمَصْلَحَتِها ، لا لَحِقَه لمَصْلَحَتِه ، حتى يلْزَمَ فى حقِّها ، ولهذا لو سلَّمَتْ نفْسَها مَن شرَطَتْ دارَها فيها أو فى دارِه ، لَزِمَ . انتهى . وقال ابنُ القَيِّمِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى « الهَدْىِ » : الشَّرْطُ العُرْفِىُّ ، كالمَشْروطِ لَفْظًا . وأطالَ فى ذلك .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) فى م : « فى ترك » .

(٣) سقط من : ط .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَ لَهَا طَلَاقَ ضَرَّتِهَا ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ صَحِيحٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ بَاطِلٌ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللهِ ﷺ : « لَا تَسْأَلِ الْمَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِئَ مَا فِي صَحْفَتِهَا وَلْتَنْكِحْ ، فَإِنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » .

الشرح الكبير

٣١٧٥ – مسألة : (وإن شَرَط لَها طَلاقَ ضَرَّتِها ، فقال أبو الخطابِ : هو صَحِيحٌ) لأنَّه شَرْطٌ لا يُنافِي العَقْدَ ، ولها فيه فائِدَةٌ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَتْ عليه أن لا يَتزَوَّجَ عليها . قال شيخُنا[1] : و لم أرَ هذا لغيرِه (ويَحْتَمِلُ أنَّه باطِلٌ) وهو الصَّحِيحُ ؛ لِما روَى أبو هريرةَ ، قال : نَهى النبيُّ ﷺ أن تَشْترِطَ المرأةُ طَلاقَ أُخْتِها . وفى لَفْظٍ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « لَا تَسْأَلِ المَرْأَةُ طَلَاقَ أُخْتِها لِتَكْتَفِئَ مَا فى صَحْفَتِها[2] ، وَلْتَنْكِحْ ،

الإنصاف

قوله : وإنْ شرَط لها طَلاقَ ضَرَّتِها ، فقالَ أبو الخَطَّابِ : هو صَحيحٌ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « إدْراكِ الغايَةِ » ، و « تَجْريدِ العِنايَةِ » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : إذا شرَط لها طَلاقَ ضَرَّتِها ، وقُلْنا : يصِحُّ فى رِوايَةٍ . ويَحْتَمِلُ أنَّه باطِلٌ ؛ لِما ذكَر المُصَنِّفُ مِنَ الحَديثِ . قال المُصَنِّفُ : وهو الصَّحيحُ . وقال : لم أرَ ما قالَه أبو الخَطَّابِ لغيرِه . قلتُ : قد حَكاه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » رِوايَةً عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وقال : ذكَرَه جماعَةٌ . وصحَّح ما صحَّحه

---

(١) فى : المغنى ٩/٤٨٦ .

(٢) فى م : « صفحتها » .

الشرح الكبير

فإنَّ لَهَا مَا قُدِّرَ لَها ») . رَواهما البخاريُّ[1] . والنَّهْىُ يَقْتَضِى فَسادَ المَنْهِىِّ عنه . ولأنَّها شَرَطَتْ عليه فَسْخَ عَقْدِه ، وإبْطالَ حَقِّه وحَقِّ امْرَأتِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَتْ عليه[2] فَسْخَ بَيْعِه . وعلى قِياسِ هذا ما لو شَرَطَتْ عليه [3]بَيْعَ أمَتِه[3] .

الإنصاف

المُصَنِّفُ فى « النَّظْمِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وظاهِرُ « الفُروعِ » إطْلاقُ الخِلافِ ؛ فإنَّه قال : ويصِحُّ شَرْطُ طَلاقِ ضَرَّتِها فى رِوايَةٍ . [٢٨/٣ظ] وذكَرَه جماعَةٌ . وقيل : باطِلٌ .

فوائد ؛ الأُولَى ، حُكْمُ شَرْطِ بَيْعِ أَمَتِه ، حُكْمُ شَرْطِ طَلاقِ ضَرَّتِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . قال فى « الفُروعِ » : والأَشْهَرُ ، ومِثْلُه بَيْعُ أَمَتِه . الثَّانيةُ ، حيثُ قُلْنا بصِحَّةِ شَرْطِ سُكْنَى الدَّارِ أو البَلَدِ ، ونحوِ ذلك ، لم يجِبِ الوَفاءُ به على الزَّوْجِ . صرَّح به الأصحابُ ، لكِنْ يُسْتَحَبُّ الوَفاءُ به . وهو ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ

---

(١) فى : باب لا يبيع على بيع أخيه ، من كتاب البيوع ، وفى : باب ما لا يجوز من الشروط فى النكاح ، وباب الشروط فى الطلاق ، من كتاب الشروط ، وفى : باب الشروط التى لا تحل فى النكاح ، من كتاب النكاح . وفى : باب ﴿ وكان أمر الله قدرا مقدورا ﴾ ، من كتاب القدر . صحيح البخارى ٩١/٣ ، ٢٥٠ ، ٢٥١ ، ٢٦/٧ ، ١٥٣/٨ . كما أخرجه مسلم ، فى : باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فى النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٩/٢ ، ١٠٣٠ . وأبو داود ، فى : باب فى المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٠٣/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء لا تسأل المرأة طلاق أختها ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٦٥/٥ ، ١٦٦ . والنسائى ، فى : باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه ، من كتاب النكاح ، وفى : باب بيع المهاجر للأعرابى ، وباب النجش ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥٩/٦ ، ٢٢٤/٧ ، ٢٢٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤١/٢ ، ٤٢ ، ٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١ ، ٣٩٤ ، ٥٠٨ ، ٥١٢ ، ٥١٦ .

(٢) سقط من : م .

(٣ - ٣) فى م : « ببيع » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

عبدِ اللهِ . ومالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، إلى وُجوبِ الوَفاءِ بهذه الشُّروطِ ، ويُجْبِرُه الحاكِمُ على ذلك . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وصرَّح أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، أنَّه لا يجوزُ للزَّوْجِ مُخالَفَةُ ما شُرِطَ عليه . ونصَّ فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، فى مَن تزَوَّجَ امْرَأَةً ، وشرَط لها أنْ لا يُخْرِجَها مِن قَرْيَتِها ، ثم بَدا له أنْ يُخْرِجَها ، قال : ليس له أنْ يُخْرِجَها . وقد ذكَر الزَّرْكَشِىُّ فى « شَرْحِ المُحَرَّرِ » ، فيما إذا شرَطَتْ دارَها أو بَلَدَها ، وَجْهًا بأنَّه يُجْبَرُ على المُقامِ معها . وذكَر أيضًا ، أنَّه لا يتزَوَّجُ ولا يتَسَرَّى إلَّا بإذْنِها فى وَجْهٍ ، إذا شرَطَتْه . إذا عَلِمْتَ ذلك ، فلها الفَسْخُ بالنُّقْلَةِ ، والتَّزْويجِ ، والتَّسَرِّى ، كما قال المُصَنِّفُ ، فأمَّا إنْ أرادَ نقْلَها ، وطلَب منها ذلك ، فقال القاضى فى « الجامعِ » : لها الفَسْخُ بالعَزْمِ على الإخْراجِ . وضعَّفه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وقال : العَزْمُ المُجَرَّدُ لا يُوجِبُ الفَسْخَ ؛ إذْ لا ضرَرَ فيه . وهو صحيحٌ ، ما لم يقْتَرِنْ بالهَمِّ طلَبُ نُقْلَةٍ . الثَّالثةُ ، لو شَرَطَتْ أنْ لا تُسَلِّمَ نفْسَها إلَّا بعدَ مُدَّةٍ معَيَّنَةٍ ، لم يصِحَّ . ذكَرَه ابنُ عَقِيلٍ فى « المُفْرَداتِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : قِياسُ المذهبِ صِحَّتُه ، كاشْتِراطِ تأْخيرِ التَّسْليمِ فى البَيْعِ والإجارَةِ ، وكما لو اشْتَرطَتْ أنْ لا يُخْرِجَها مِن دارِها . الرَّابعَةُ ، ذكَر أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » مِنَ الشُّروطِ اللَّازِمَةِ ، إذا شرَط أنْ لا يُفَرِّقَ بينَها وبينَ أبوَيْها ، أو أوْلادِها ، أو ابنِها الصَّغيرِ أنْ تُرْضِعَه . وكذا ذكَر ابنُ أبى مُوسى ، أنَّها إذا شرَطَتْ أنَّ لها وَلَدًا تُرْضِعُه ، فلها شرْطُها . وقطَع به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغيرِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، وغيرِهم . (1) قال فى « القاعِدَةِ الثَّانيةِ والسَّبْعِين » : ولو شرَطَتْ عليه (1)

(1 - 1) سقط من : الأصل .

المقنع

فَصْلٌ : الْقِسْمُ الثَّانِى ، فَاسِدٌ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، نِكَاحُ الشِّغَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَهُ وَلِيَّتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ وَلِيَّتَهُ وَلَا مَهْرَ بَيْنَهُمَا ،

الشرح الكبير

٣١٧٦ - مسألة ؛ قال ، رَحِمَه اللهُ : (القِسْمُ الثانى ، فاسِدٌ ، وهو ثلاثةُ أنواعٍ ؛ أحدُها ، ما يُبْطِلُ النِّكاحَ ، وهو ثلاثةُ أشياءَ ؛ أحدُها ، نِكاحُ الشِّغارِ ، وهو أن يُزَوِّجَه وَلِيَّتَه على أن يُزَوِّجَه الآخرُ وَلِيَّتَه ولا مَهْرَ

الإنصاف

(1) نَفَقَةَ وَلَدِها وكُسْوَتَه ، صحَّ ، وكان مِنَ المَهْرِ . قال ابنُ نَصْرِ اللهِ فى « حَواشِيه » : وظاهِرُه لا يُشْتَرَطُ مع ذلك تَعْيِينُ مُدَّةٍ ، كنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وكُسْوَتِها ، فإنَّه ذكَرَها بعدَها . انتهى . قلتُ : ليس الأمْرُ كذلك ، والفَرْقُ بينَ المَسْألَتَيْن واضِحٌ(1) . الخامسةُ ، هذه الشُّروطُ الصَّحِيحَةُ ، إنَّما تَلْزَمُ فى النِّكاحِ الذى شُرِطَتْ فيه ، فأمَّا إنْ بانَتْ منه ثم تزَوَّجها ثانيًا ، لم تَعُدْ هذه الشُّروطُ فى هذا العَقْدِ الثَّانى ، بل يَبْطُلُ حُكْمُها إذا لم يذْكُرْها فيه . ذكَرَه المَجْدُ فى « شَرْحِه » . وجزَم به فى « الفُروعِ » . قال ابنُ رَجَبٍ : ويتخَرَّجُ عوْدُها فى النِّكاحِ الثَّانى ، إذا لم يكُنِ اسْتَوْفَى عدَدَ الطَّلاقِ ، لَزِمَ فيه (2) كلُّ ما(2) كان مُلْتزمًا بالعَقْدِ الأوَّلِ . السَّادسةُ ، خِيارُ الشَّرْطِ على التَّراخِى ، لا يسْقُطُ إلَّا بما يدُلُّ على الرِّضا ، مِن قَوْلٍ أو تَمْكِينٍ منها مع العِلْمِ . قطَع به الأصحابُ ؛ منهم صاحِبُ « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . ذكَرُوه فى بابِ العُيوبِ فى النِّكاحِ .

قوله : القِسْمُ الثَّانى ، فاسِدٌ وهو ثَلاثةُ أنواعٍ ؛ أحَدُها ، ما يُبْطِلُ النِّكاحَ ، وهو

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) فى ط : « كما » .

الشرح الكبير

بينهما) قِيلَ : إنَّما سُمِّىَ هذا النِّكاحُ شِغارًا لقُبْحِه ، تَشْبِيهًا برَفْعِ الكَلْبِ رِجْلَه ليَبُولَ ، فى القُبْحِ[1] . يُقالُ : شَغَر الكَلْبُ . إذا رَفَع رِجْلَه ليَبُولَ . وحُكِىَ عن الأصْمَعِىِّ أنَّه قال : الشِّغارُ الرَّفْعُ . فكأنَّ كلَّ واحِدٍ منهما رَفَع رِجْلَه للآخَرِ[2] عمَّا يُرِيدُ . ولا تَخْتَلِفُ الرِّوايةُ عن أحمدَ فى أنَّ نِكَاحَ الشِّغارِ فاسدٌ . رَواه عنه جماعةٌ . قال أحمدُ : ورُوِىَ عن عمرَ ، وزيدِ بنِ ثابتٍ ، أنَّهما فَرَّقَا فيه . وهو قولُ مالكٍ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وحُكِىَ عن عطاءٍ ، وعمرِو بنِ دينارٍ ، ومكحولٍ ، [٦/١٢٧و] والزُّهْرِىِّ ، والثَّوْرِىِّ ، أنَّه يَصِحُّ ، وتَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسادَ مِن قِبَلِ المَهْرِ لا يُوجِبُ فَسادَ العَقْدِ ، كما لو تزَوَّجَ على خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ ، [3]وهذا[3] كذلك . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن الشِّغارِ . متَّفَقٌ عليه[4] . ورَوَى أبو هريرةَ مثلَه . أخْرَجَه مسلمٌ[5] .

الإنصاف

ثَلاثَةُ أشياءَ ؛ أحَدُها ، نكاحُ الشِّغارِ ؛ وهو أنْ يُزَوِّجَه وَلِيَّته على أنْ يُزَوِّجَه الآخَرُ

---

(١) فى م : « الفتح » .
(٢) فى الأصل : « الأخرى » .
(٣ - ٣) سقط من : الأصل .
(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٧ / ١٥ . ومسلم ، فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٤/٢ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب الشغار ، وباب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩١ ، ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٠٦ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٣٦ . والإمام مالك ، فى : باب جامع مالا يجوز من النكاح ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٧ ، ١٩ ، ٦٢ .
(٥) فى : باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٤/٢ . =

الشرح الكبير

وروَى الأثْرَمُ بإسنادِه عن عِمْرانَ بن حُصَيْنٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا جَلَبَ[1] ، ولا جَنَبَ[2] ، وَلَا شِغَارَ فِي الإسْلَامِ »[3] . ولأنَّه جَعَل كُلَّ واحدٍ مِن العَقْدَيْن سَلَفًا فى الآخرِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْنِى ثَوْبَك على أن أبيعَكَ ثَوْبى . قولُهم : إنَّ فسادَه مِن قِبَلِ التَّسْمِيَةِ . قُلْنا : بل فسادُه مِن جِهَةِ أنَّه وَقَفَه على شَرْطٍ فاسدٍ . ولأنَّه شَرَط تَمْلِيكَ البُضْعِ لغيرِ الزَّوْجِ ، فإنَّه جَعَل تَزْوِيجَه إيَّاها مَهْرًا للأُخْرَى ، فكأنَّه مَلَّكَه إيَّاه بشَرْطِ انْتِزاعِه منه . إذا ثَبَت هذا ، فلا فَرْقَ بينَ أن يقولَ : على أنَّ صَداقَ كُلِّ واحدةٍ منهما بُضْعُ الأُخْرَى . أو[4] لم يَقُلْ ذلك . وقال الشافعىُّ : هو أن يقولَ ذلك ولا يُسَمِّىَ لكلِّ واحدةٍ صَداقًا ؛ لِما روَى ابنُ عمرَ أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن الشِّغارِ . والشِّغارُ أن يقولَ الرجُلُ للرجلِ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى

الإنصاف

وَلِيَّتَه ، ولا مَهْرَ بينهما . وهذا المذهبُ ، وسواءٌ قالا : وبُضْعُ كُلِّ واحدَةٍ مَهْرُ الأُخْرَى . أوْ لا ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، يصِحُّ العَقْدُ ، ويفْسُدُ الشَّرْطُ . وهو

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب تفسير الشغار ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٩٢ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن الشغار ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٠٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/ ٢٨٦ ، ٤٣٩ ، ٤٩٦ .

(١) الجلب يكون فى شيئين ؛ أحدهما فى الزكاة ، وهو أن يقدم المصدق على أهل الزكاة ، فينزل موضعا ، ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أماكنها ليأخذ صدقتها ، فنهى عن ذلك ، وأمر أن تؤخذ صدقاتهم على مياههم وأماكنها . الثانى فى السباق ، وهو أن يتبع الرجل فرسه ، فيزجره ويجلب عليه ويصيح حثا له على الجرى ، فنهى عن ذلك .

(٢) الجنب فى السباق : أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه ، فإذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وفى الزكاة : أن ينزل العامل بأقصى مواضع أصحاب الصدقة ، ثم يؤمر بالأموال أن تجنب إليه ، أى تحضر . فنهوا عن ذلك .

(٣) وأخرجه النسائى ، فى : باب الشغار ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الجلب ، وباب الجنب ، من كتاب الخيل . المجتبى ٦ / ٩١ ، ١٨٩ ، ١٩٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤ / ٤٢٩ ، ٤٤١ ، ٤٤٣ .

(٤) فى الأصل : « وإن » .

المقنع

فَإِنْ سَمَّوْا مَهْرًا ، صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يَصِحُّ .

الشرح الكبير

على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَك . ويكونُ بُضْعُ كُلٍّ واحدةٍ منهما [(1)]مَهْرَ الأُخْرَى[(1)] . ولَنا ، ما رَوَى ابنُ عمرَ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن الشِّغارِ . والشِّغارُ أن يُزَوِّجَ الرجلُ ابْنَتَه على أن يُزَوِّجَه الآخرُ ابْنَته ، وليس بينَهما صَداقٌ . هذا لَفْظُ الحديثِ الصَّحِيحِ المُتَّفَقِ عليه . وفى حديثِ أبى هريرةَ : [(2)]والشِّغارُ[(2)] أن يقولَ الرجلُ للرجلِ : زَوِّجْنِى ابْنَتَكَ وأُزَوِّجُكَ ابْنَتِى ، وزَوِّجْنِى أُخْتَك وأُزَوِّجُكَ أُخْتِى . رَواه مسلمٌ . وهذا يَجِبُ تَقْدِيمُه لصِحَّتِه ، وعلى أنَّه قد أمْكَنَ الجمعُ بينهما بأن يُعْمَلَ بالجميعِ . ويَفْسُدُ النِّكاحُ بأىِّ ذلك كان . ولأنَّه إذا شَرَط فى نِكاحِ إحدَاهما تَزْوِيجَ الأُخْرَى ، فقد جَعَل بُضْعَ كلٍّ واحدةٍ منهما صَداقَ الأُخْرَى ، ففَسَدَ ، كما لو لَفَظ به[(3)] .

فصل : فإن سَمَّيَا مع ذلك مَهْرًا ، فقال : زَوَّجْتُك ابْنَتِى على أن

الإنصاف

تخْرِيجٌ فى « الهِدايَةِ » . فعليه ، لها مَهْرُ المِثْلِ .

قوله : فإنْ سَمَّوْا مَهْرًا ، صَحَّ . نَصَّ عليه . وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ

(1 - 1) فى م : « مهرًا فى الأخرى » .
ولم نجد هذا اللفظ فى حديث ابن عمر ، ولكن أخرج البيهقى عن جابر :... والشغار أن ينكح هذه بغير صداق ، بضع هذه صداق هذه ، وبضع هذه صداق هذه . انظر السنن الكبرى ٧/ ٢٠٠ . وقال الحافظ عن قول الرافعى : وبضع كل واحدة منهما مهر الأخرى . لم أجد هذه فى الحديث ، وإنما هو تفسير ابن جريج ، كما بين ذلك البيهقى . تلخيص الحبير ٣/ ١٥٣ . وقد بين ذلك البيهقى ، فى : معرفة السنن والآثار ٥/ ٣٣٩ .
(2 - 2) سقط من : الأصل .
(3) سقط من : م .

الشرح الكبير

تُزَوِّجَنِى ابْنَتَك ، ومَهْرُ كلِّ واحدةٍ منهما مِائَةٌ – أو – مَهْرُ ابْنَتِى مِائَةٌ ، ومَهْرُ ابْنَتِك خَمْسونَ . أو أقلُّ أو أكثرُ ، فالمَنْصُوصُ عن أحمدَ صِحَّتُه . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لِما تقَدَّمَ مِن حديثِ ابنِ عمرَ ، ولأنَّه[1] قد سَمَّى صَداقًا ، فصَحَّ ، كما لو لم يَشْرُطْ ذلك (وقال الخِرَقِىُّ : لا يَصِحُّ) لحديثِ أبى هُرَيْرَةَ ، ولما روَى أبو داودَ[2] عن الأعْرَجِ ، أنَّ العباسَ بنَ عبدِ اللهِ بنِ العباسِ ، أنْكَحَ عبدَ الرحمنِ بنَ الحَكَمِ ابْنَتَه ، وأنْكَحَه عبدُ الرحمنِ [١٢٧/٦ظ] ابْنَتَه ، وكانا جعَلَا صَداقًا ، فكَتَبَ مُعاوِيَةُ إلى مَرْوانَ ، فأمَرَه أن يُفَرِّقَ بينَهما ، وقال فى كِتابِهِ : هذا الشِّغَارُ الذى نَهَى عنه رسولُ اللهِ ﷺ . ولأنَّه شَرَطَ نِكاحَ إحداهما لنِكاحِ[3] الأُخْرَى ، فلم يَصِحَّ ، كما

الإنصاف

الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : عليه عامَّةُ الأصحابِ . وصحَّحَه النَّاظِمُ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال الخِرَقِىُّ : لا يصِحُّ . وقالَه أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » ، وأبو الخَطَّابِ فى « الانْتِصارِ » . وذكَرَه القاضى فى « الجامِعِ » ، وابنُ عَقِيلٍ رِوايَةً . وقيل : لا يصِحُّ إنْ قال مع ذلك : وبُضْعُ كُلِّ واحدَةٍ مَهْرُ الأُخْرَى . وإنْ لم يقُلْ ذلك ، صَحَّ . اخْتارَه [٢٩/٣و] فى « المُحَرَّرِ » ، وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » .

(١) فى م : « كأنه » .
(٢) فى : باب فى الشغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٩/١ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٩٤/٤ . وحسنه فى الإرواء ٣٠٧/٦ .
(٣) فى الأصل : « كنكاح » .

الشرح الكبير

لو لم يُسَمِّيا صَداقًا . يُحَقِّقُه أنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ ليس بمُفْسِدٍ للعَقْدِ ، بدَليلِ نِكاحِ المُفَوِّضَةِ ، فدَلَّ على أنَّ المُفْسِدَ هو الشَّرْطُ ، وقد وُجِدَ ، ولأنَّه سَلَفٌ[1] فى عَقْدٍ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : بِعْتُكَ ثَوْبِى بعَشَرَةٍ على أن تَبيعَنِى ثَوْبَكَ بعِشْرِينَ . وهذا [2]الاخْتِلافُ فيما[2] إذا لم يُصَرِّحْ بالتَّشْرِيكِ ، فأمَّا إن قال : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَكَ[3] ، ومَهْرُ كلِّ واحدَةٍ منهما مائةٌ وبُضْعُ الأُخْرَى . فالنِّكاحُ فاسِدٌ ؛ لأنَّه صَرَّحَ بالتَّشْرِيكِ ، فلم يَصِحَّ العَقْدُ ، كما لو[4] لم يَذْكُرْ مُسَمًّى .

فصل : ومتى قُلْنا بصِحَّةِ العَقْدِ إذا سَمَّيا صَداقًا ، ففيه وجْهان ؛ أحدُهما ، تَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ . وهذا قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لم يَرْضَ بالمُسَمَّى إلَّا بشَرْطِ أن يَتَزَوَّجَ وَلِيَّةَ[5] صاحبِه ،

الإنصاف

قال فى « الرِّعايَةِ » : وهو أوْلَى . قال فى « الفُروعِ » : وظاهِرُ كلامِ ابنِ الجَوْزِىِّ يصِحُّ معه بتَسْمِيَةٍ . وذكَر الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وَجْهًا ، واخْتارَه ؛ أنَّ بُطْلانَه لاشْتِراطِ عدَمِ المَهْرِ . قال : وهو الذى عليه قَوْلُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، وقُدَماءِ أصحابِه ؛ كالخَلَّالِ وصاحبِه .

تنبيه : مُرادُه بقَوْلِه : فإنْ سَمَّوْا مَهْرًا ، صحَّ . أنْ يكونَ المَهْرُ مُسْتَقِلًّا ، غيرَ قليلٍ ، ولا حِيلَةَ . نصَّ عليه . وقيل : يصِحُّ إنْ كان مَهْرَ المِثْلِ ، وإلَّا فلا . فعلى

---

(1) فى م : « متلف » .

(2 - 2) فى م : « لا اختلاف فيه » .

(3) فى م : « ابنك » .

(4) سقط من : م .

(5) فى م : « مولية » .

الشرح الكبير

فَنَقَص المَهْرُ لهذا الشَّرْطِ ، وهو باطلٌ ، فإذا احْتَجْنا إلى ضَمانِ النَّقْصِ ، صار المُسَمَّى مَجْهولًا ، فبَطَلَ . والوَجْهُ الثانى ذكَرَه القاضى فى «الجامعِ» ، أنَّه يَجِبُ المُسَمَّى ؛ لأنه ذكَر قَدْرًا مَعْلُومًا يَصْلُحُ[1] أن يكونَ مَهْرًا ، فصَحَّ ، كما لو قال : زَوَّجْتُك ابْنَتِى[2] على ألفٍ ، على أنَّ لى منها مِائَةً .

فصل : فإن سَمَّى لإحْداهما مَهْرًا دونَ الأُخْرَى ، فقال أبو بكرٍ : يَفْسُدُ النِّكاحُ فيهما ؛ لأنه فَسَد فى إحْدَاهما ، ففَسَدَ فى الأُخْرَى . والأَوْلَى أنه يَفْسُدُ فى التى لم يُسَمِّ لها صَداقًا ؛ لأنَّ نِكاحَها خَلَا مِن صَداقٍ سِوَى نِكاحِ الأُخْرَى . ويكونُ فى التى سَمَّى لها صَدَاقًا رِوايتان ؛ لأنَّ فيه تَسْمِيَةً وشَرْطًا ، فأشْبَهَ ما لو سَمَّى لكُلِّ واحدةٍ منهما مهرًا . ذكَرَه القاضى هكذا .

فصل : فإن قال : زَوَّجْتُك جارِيَتِى هذه على أن تُزَوِّجَنِى ابْنَتَك ، [3]وتكونَ رَقَبَتُها[3] صَداقًا لابْنَتِك . لم يَصِحَّ تَزْوِيجُ الجارِيَةِ ، فى قِياسِ المذهبِ ؛ لأنَّه لم يَجْعَلْ لها صَداقًا سِوَى تَزْوِيجِ ابْنَتِه . وإذا زَوَّجَه ابْنَتَه على أن يَجْعَلَ رَقَبَةَ الجارِيةِ صَداقًا لها ، صَحَّ ؛ لأنَّ الجاريةَ تَصْلُحُ أن تكونَ

الإنصاف

المذهبِ ، لو سُمِّىَ لإحْداهما مَهْرٌ ، ولم يُسَمَّ للأُخْرَى شئٌ ، فَسَد نِكاحُ مَن لم يُسَمَّ لها صَداقٌ ، لا غيرُ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وهذا أَوْلَى . وقال أبو بَكْرٍ : يَفْسُدُ النِّكاحُ فيهما . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرَى » . وقدَّمه فى « الكُبْرَى » .

فائدة : لو جعَلا بُضْعَ كلِّ واحدةٍ ودَراهِمَ مَعْلُومَةً صَداقَ الأُخْرَى ، لم يَصِحَّ

---

(1) فى م : « يصح » .

(2) سقط من : م .

(3 - 3) فى م : « ويكون عتقها » .

المقنع

وَالثَّانِى ، نِكَاحُ الْمُحَلِّلِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَحَلَّهَا طَلَّقَهَا .

الشرح الكبير

صَدَاقًا . وإن زَوَّجَ عَبْدَه امْرَأةً ، وجَعَلَ رَقَبَتَه صَداقًا لها ، لم يَصِحَّ الصَّداقُ ؛ لأنَّ مِلْكَ المرأةِ زَوْجَها يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكاحِ ، فيَفْسُدُ الصَّداقُ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ .

(الثانى ، نِكاحُ المُحَلِّلِ ، وهو أن يَتَزَوَّجها على أنه إذا أحَلَّها طَلَّقَها) نِكاحُ المُحَلِّلِ باطلٌ حَرامٌ ، فى قول عامَّةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم الحسنُ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادَةُ ، ومالكٌ ، واللَّيْثُ ، والثَّوْرِىُّ ، وابنُ المبارَكِ ، والشافعىُّ . وسَواءٌ [١٢٨/٦و] قال : زَوَّجْتُكَها إلى أن تَطَأَها . أو شَرَط أنَّه إذا أحَلَّها فلا نِكاحَ بينَهما ، أو إذا أحَلَّها للأوَّلِ طَلَّقَها . وحُكِىَ عن أبى حنيفةَ أنَّه يَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ . وقال الشافعىُّ فى الصُّورَتَيْن الأُولَيَيْن : لا يَصِحُّ . وفى الثالثةِ : على قَوْلَيْن . ولَنا ، ما رُوِىَ عن النبىِّ ﷺ أنَّه قال : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . رَواه أبو داودَ ، وابنُ ماجه ، والتِّرمِذِىُّ[1] ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، والعَمَلُ عليه عندَ

الإنصاف

على الصَّحيحِ . وقيل : يَبْطُلُ الشَّرْطُ وحدَه .

قوله : الثَّانى ، نِكاحُ المُحَلِّلِ ، وهو أنْ يَتزَوَّجَها على أنَّه إذا أحَلَّها طلَّقَها . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ نِكاحَ المُحَلِّلِ باطِلٌ مع شَرْطِه . نصَّ عليه ، وعليه

---

(١) أخرجه أبو داود ، فى : باب فى التحليل ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٩ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٣ ، ٤٤ . وابن ماجه ، فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٢ . =

....

الشرح الكبير

أهلِ العلمِ مِن أصْحابِ النبيِّ ﷺ ؛ منهم عمرُ بنُ الخَطَّابِ ، وعثمانُ ، (١)وعبدُ اللهِ بنُ عمرَ(١) ، وهو قولُ الفُقهاءِ مِن التابِعِينَ . ورُوِىَ ذلك عن علىٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ عباسٍ . وقال ابنُ مسعودٍ : المُحَلِّلُ والمُحَلَّلُ لَهُ مَلْعُونون ، على لسانِ محمدٍ ﷺ(٢) . ورَوَى ابنُ ماجَه(٣) عن عُقْبَةَ بنِ عامرٍ ، أنَّ النبىَّ ﷺ قال : « أَلَا أُخْبِرُكُمْ بالتَّيْسِ المُسْتَعَارِ » . قالوا : بَلَى يا رسولَ اللهِ . قال : « هو المُحَلِّلُ(٤) ، لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ(٤)

الإنصاف

الأصحابُ ، وعنه ، يصِحُّ العَقْدُ ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ . ذكَرَها جماعَةٌ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وخرَّج القاضى أبو الخَطَّابِ رِوايَةً ببُطْلانِ الشَّرْطِ وصِحَّةِ العَقْدِ مِنَ(٥) اشْتِراطِ الخِيارِ . وخرَّجَها ابنُ عَقِيلٍ مِنَ الشُّروطِ الفاسِدَةِ .

= كما أخرجه النسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الموتشمات ... ، من كتاب الزينة . المجتبى ٦ / ١٢١ ، ٨ / ١٢٧ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٨٣ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ ، ٢ / ٢٢ .

(١ - ١) كذا فى النسختين والمغنى ، وعند الترمذى : « عبد الله بن عمرو » .

(٢) أخرجه الترمذى ، فى : باب فى المحل والمحلل له ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥ / ٤٤ . والنسائى ، فى : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ١٢١ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ .

(٣) فى : باب المحلل والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢٣ .

كما أخرجه الحاكم ، فى : باب لعن الله المحل والمحلل له ، من كتاب الطلاق . المستدرك ٢ / ١٩٨ . والبيهقى ، فى : باب ما جاء فى نكاح المحلل ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧ / ٢٠٨ .

(٤) فى الأصل : « المحل » .

(٥) بعده فى الأصل : « مسلمة » .

المقنع

فَإِنْ نَوَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا، فِى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ. وَقِيلَ : يُكْرَهُ وَيَصِحُّ .

الشرح الكبير

والمُحَلَّلَ لَهُ » . وروى[1] الأثْرَمُ بإسْنادِه ، عن قَبِيصَةَ عن جابرٍ ، قال سَمِعْتُ عمرَ [2]وهو[2] يَخْطُبُ الناسَ وهو يقولُ : واللهِ لا أُوتَى بمُحِلٍّ[3] ولا مُحَلَّلٍ لَهُ إلَّا رَجَمْتُهُما[4] . ولأنَّه نِكاحٌ إلى مُدَّةٍ ، أو فيه شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقاءَه ، فأشْبَهَ نِكاحَ المُتْعَةِ .

٣١٧٧ – مسألة : (فإن نَوَى ذلك مِن غيرِ شَرْطٍ ، لم يَصِحَّ أيضًا ، فى ظاهِرِ المذهبِ . وقِيلَ : يُكْرَهُ ويَصِحُّ) إذا تَواطَآ عليه قَبْلَ العَقْدِ ، و لم يُذْكَرْ [5]فى العَقْدِ ونَواه[5] ، أو نَوَى التَّحَلُّلَ[6] مِن غيرِ شَرْطٍ ، فالنِّكاحُ باطِلٌ أيضًا . قال إسماعيلُ بنُ سعيدٍ : سَألْتُ أحمدَ عن الرجلِ يَتزَوَّجُ المرْأةَ ، وفى نَفْسِه أن يُحَلِّلَها[7] لزَوْجِها الأوَّلِ ، و لم تَعْلَمِ المرأةُ بذلك . قال : هو

الإنصاف

قوله : فإنْ نوَى ذلك مِن غيرِ شَرْطٍ ، لم يصِحَّ أيضًا ، فى ظاهِرِ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِيُّ : نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . وهو كما قال . وقيل : يُكْرَهُ ، ويصِحُّ . وذكَرَه القاضى . وحَكاه الشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ ، ومَن تَبِعَهما ،

---

(١) فى م : « رواه » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « بمحلل » .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٦٥/٦ . وسعيد بن منصور ، فى سننه ٤٩/٢ ، ٥٠ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٠٨/٧ .

(٥ – ٥) فى م : « هل نواه » .

(٦) فى م : « المحلل » .

(٧) فى م : « يحلها » .

الشرح الكبير

مُحَلِّلٌ إذا أرادَ بذلك الإحْلالَ ، (١وهو١) مَلْعُونٌ . وهذا ظاهرُ قولِ الصَّحابةِ ، رَضِىَ اللهُ عنهم ، فرَوَى نافِعٌ ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّ رجلًا قال له : امرأةٌ تزَوَّجْتُها أُحِلُّها لزَوْجِها ، لم يَأْمُرْنِى ، و لم يَعْلَمْ . قال : لا ، إلَّا[٢] نِكاح رَغْبةٍ ، إن أعْجَبَتْكَ أمْسِكْها ، وإن كَرِهْتَها فارِقْها . قال : وإن كُنَّا نَعُدُّه على عَهْدِ رسولِ اللهِ ﷺ سِفَاحًا . وقال : لا يَزَالان زَانِيَيْن وإن مَكَثا عِشْرِينَ سنةً ، إذا عَلِم أنَّه يُرِيدُ أن يُحِلَّها[٣] . وهذا قولُ عثمانَ ابنِ عفانَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وجاء رجلٌ إلى ابنِ عباسٍ ، فقال : إن عَمِّى طَلَّقَ امْرَأَتَه ثَلاثًا ، أيُحِلُّها له رجلٌ ؟ قال : مَن يُخادِعِ اللهَ يَخْدَعْهُ[٤] . وهذا قولُ الحَسَنِ ، والنَّخَعِىِّ ، والشَّعْبِىِّ ، وقَتادَةَ ، وبكرٍ المُزَنِىِّ ، واللَّيْثِ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، وإسحاقَ . وقال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ : العَقْدُ صحيحٌ . وذَكَر القاضى فى صِحَّتِه وَجْهًا مثلَ قَوْلِهما ؛ لأنَّه خَلَا عن شَرْطٍ يُفْسِدُه ، فأشْبَهَ ما لو نَوَى طَلاقَها لغيرِ الإحْلالِ ، أو ما لو نَوَتِ

الإنصاف

رِوايَةً . ومنَع ذلك الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . ويُؤْخَذُ مِنَ الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، أنَّه لا يُعْتَبَرُ أنْ يكونَ الشَّرْطُ فى العَقْدِ ، فلو نوَى قبلَ العَقْدِ ، و لم يرْجِعْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .
(٢) سقط من : م .
(٣) فى الأصل : « يحللها » .
والأثر أخرجه الحاكم بنحوه ، فى : المستدرك ١٩٩/٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٠٨/٧ . وصححه فى الإرواء ٣١١/٦ ، ٣١٢ .
(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد فى خلاف ذلك ، من كتاب الخلع والطلاق . السنن الكبرى ٧ / ٣٣٧ . وسعيد بن منصور ، فى : باب التعدى فى الطلاق ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٢٦٢ .

الشرح الكبير

المرأةُ ذلك ، ولأنَّ العَقْدَ [٦/١٢٨ظ] إنَّما يَبْطُلُ بما شُرِطَ لا بما قُصِدَ ، بدليلِ ما لو اشْتَرَى عبدًا بشَرْطِ أن يَبيعَه ، لم يَصِحَّ ، ولو نَوَى ذلك لم يَبْطُلْ ، ولأنَّه قد رُوِيَ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، ما يَدُلُّ على إجازَتِه ، فرَوَى أبو حَفْصٍ بإسْنادِه عن محمدِ بنِ سِيرِينَ ، قال : قَدِمَ مَكَّةَ رجلٌ ومعه إخْوَةٌ له صِغَارٌ ، وعليه إزارٌ ، مِن بين يَدَيْه رُقْعَةٌ ، ومِن خَلْفِه رُقْعَةٌ ، فسأَلَ عمرَ ، فلم يُعْطِه شيئًا ، فبينما هو كذلك إذ نَزَغ الشَّيْطانُ بينَ رجلٍ مِن قريشٍ وبينَ امْرَأَتِه فطَلَّقَها ، فقال لها : هل لكِ أن تُعْطِى ذا الرُّقْعَتَيْن شيئًا ، ويُحلِّكِ[1] لى ؟ قالت : نعم ، إن شِئْتَ . فأَخْبرُوهُ بذلك . قال : نعم . فتزَوَّجها ودَخَل بها . فلما أصْبَحَتْ أدْخَلَتْ إخْوَتَه[2] الدّارَ ، فجاء القُرَشِيُّ يَحُومُ حَوْلَ الدّارِ ، ويقولُ : يا وَيْلَه ، غُلِبَ على امرأتِه[3] . فأتَى عمرَ ، فقال : يا أمِيرَ المؤمنينَ ، غُلِبْتُ على امْرَأَتِى . قال : مَن غَلَبَكَ ؟ قال : ذو الرُّقْعَتَيْن . قال : أرْسِلُوا إليه . فلما جاءَه الرسولُ ، قالت له المرأةُ : كيف مَوْضِعُكَ مِن قَوْمِكَ ؟ قال : ليس بمَوْضِعِى[4] بَأْسٌ . قالتْ[5] : إنَّ أمِيرَ المؤمنينَ يقولُ لك : طَلِّقِ امْرَأَتَكَ . فقُلْ[6] : لا ، واللهِ

الإنصاف

عنها ، فهو نِكاحُ مُحَلِّلٍ ، وإنْ رجَع عنها ، ونَوَى عندَ العَقْدِ أنَّه نِكاحُ رَغْبَةٍ ،

---

(١) فى م : « ويحك » .

(٢) فى الأصل : « أخويه » .

(٣) فى م : « امرأتى » .

(٤) فى م : « بموضع » .

(٥) فى الأصل : « قال » .

(٦) بعده فى م : « له » .

الشرح الكبير

لا أُطَلِّقُها . فإنَّه لا يُكْرِهُكَ . فألْبَسَتْه حُلَّةً ، فلمَّا رَآه عمرُ مِن بعيدٍ ، قال : الحمدُ للهِ الذى رَزَق ذا الرُّقْعَتَيْن . فدَخَلَ عليه ، فقال : أتُطَلِّقُ امْرَأَتَكَ ؟ قال : لا ، واللهِ لا أُطَلِّقُها . قال عمرُ : لو طَلَّقْتَها لأَوْجَعْتُ رَأْسَكَ بالسَّوْطِ . ورَواه سعيدٌ[1] ، عن هُشَيْمٍ ، عن يُونُسَ بن عُبَيْدٍ ، عن ابن سِيرِينَ ، نحوًا مِن هذا ، وقال : مِن أهلِ المَدِينةِ . وهذا قد تَقَدَّمَ فيه الشَّرْطُ على العَقْدِ ، ولم يَرَ به عمرُ بَأْسًا . ولَنا ، قولُ النبىِّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ وَالمُحَلَّلَ لَهُ » . وقولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصحابةِ ، ولا مُخالِفَ لهم ، فيكونُ إجْماعًا ، ولأنَّه قَصَد به التَّحْلِيلَ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو شَرَطَه . أمَّا حديثُ ذِى الرُّقْعَتَيْن ، فقال أحمدُ : ليس له إسْنادٌ . يَعْنِى أنَّ ابنَ سِيرِينَ لم يَذْكُرْ إسْنادَه إلى عمرَ . وقال أبو عُبَيْدٍ : هو مُرْسَلٌ . فأين هو مِن الذى سَمِعُوه يَخْطُبُ به على المِنْبَرِ : لا أُوتَى بمُحَلِّلٍ ولا مُحَلَّلٍ له إلَّا رَجَمْتُهُما . ولأنَّه ليس فيه أنَّ ذا الرُّقْعَتَيْن قَصَد التَّحْلِيلَ ، ولا نَواه ، وإذا كان كذلك ، لم يَتَناوَلْ مَحَلَّ النِّزاعِ .

فصل : فإن شُرِطَ عليه أن يُحِلَّها قبلَ العَقْدِ ، فنَوَى بالعَقْدِ غيرَ ما شَرَطُوا عليه ، وقَصَد نِكاحَ رَغْبَةٍ ، صَحَّ العقدُ ؛ لأنَّه خَلا عن نِيَّةِ التَّحْلِيلِ وشَرْطِه ، فصَحَّ ، كما لو لم يُذْكَرْ ذلك ، وعلى هذا يُحْمَلُ حديثُ ذى الرُّقْعَتَيْن . فإن قَصَدَتِ المرأةُ أو وَلِيُّها التَّحْلِيلَ دُونَ الزَّوْجِ ، لم يُؤَثِّرْ ذلك

الإنصاف صَحَّ . قالَه المُصَنِّفُ وغيرُه .

(1) فى : باب ماجاء فى المحلل والمحلل له . سنن سعيد ٢/ ٥٠ ، ٥١ . كما أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/ ٢٦٧ مختصرًا ، ٢٦٨ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧/ ٢٠٩ . وضعفه فى الإرواء ٦/ ٣١٢ .

الشرح الكبير

فى العَقْدِ . وقال الحسنُ ، وإبراهيمُ : إذا هَمَّ أحدُ الثَّلاثَةِ ، فَسَد النِّكاحُ . قال أحمدُ : كان الحسنُ وإبراهيمُ والتابعون ، يُشَدِّدُونَ (1)فى ذلك(1) . قال أحمدُ : الحَدِيثُ عن النبىِّ ﷺ : [١٢٩/٦و] « أتُرِيدِينَ أنْ تَرْجِعِى إلَى رِفاعَةَ ؟ »(2) . ونِيَّةُ المرأةِ ليس بشىءٍ ، إنَّما قال النبىُّ ﷺ : « لَعَنَ اللهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ » . ولأنَّ العقدَ إنَّما يَبْطُلُ بنِيَّةِ الزَّوْجِ ؛ لأنَّه الذى إليه المُفارَقَةُ والإمْساكُ ، أمَّا المرأةُ فلا تَمْلِكُ رَفْعَ العَقْدِ ، فوُجُودُ نِيَّتِها وعَدَمُها سَواءٌ ، وكذلك الزَّوْجُ الأوَّلُ لا يَمْلِكُ شيئًا مِن العَقْدِ ، ولا مِن رَفْعِه ، فهو أجْنَبِىٌّ كسائرِ الأجانِبِ . فإن قِيلَ : فكَيْفَ لَعَنَه النبىُّ ﷺ ؟ قلنا : إنَّما لَعَنَه إذا رَجَع إليها بذلك التَّحْلِيلِ ؛ لأنَّها لم تَحِلَّ له ، فكان زانِيًا ، فاسْتَحَقَّ اللَّعْنَةَ لذلك .

الإنصاف

تنبيه : ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، وكلامِ غيرِه ، أنَّ المرْأةَ إذا نوَتْ ذلك لا يُؤَثِّرُ فى العَقْدِ . وهو الصَّحيحُ . وقال فى « الواضحِ » : نِيَّتُها كنِيَّتِه . وقال فى « الرَّوْضَةِ » : نِكاحُ المُحَلِّلِ باطِلٌ إذا اتَّفَقَا . فإنِ اعْتَقَدَتْ ذلك باطِنًا ، ولم تُظْهِرْه ، صحَّ فى الحُكْمِ ، وبطَل فيما بينَها وبينَ اللهِ تعالَى . انتهى . ويصِحُّ النِّكاحُ

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الإزار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفى : باب التبسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٥٥/٧ ، ١٨٤ ، ٢٧/٨ . ومسلم ، فى : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٥/٢ ، ١٠٥٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يطلق امرأته ... ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٢/٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ... ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢١/١ ، ٦٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يحل المرأة لزوجها ... ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ١٦١/٢ ، ١٦٢ . والإمام مالك ، فى : باب نكاح المحلل وما أشبهه ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٣١/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٤/٦ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

الشرح الكبير

فصل : وإنِ اشْتَرَى عبدًا فزَوَّجها إيَّاه ، ثم وَهَبها العَبْدَ أو بَعْضَه ليَنْفَسِخَ النِّكاحُ بمِلْكِها ، لم يَصِحَّ . قال أحمدُ فى روايةِ حَنْبَلٍ : إذا طَلَّقها ثلاثًا ، وأرادَ أن يُراجِعَها ، فاشْتَرَى عبدًا وزَوَّجها إيَّاه ، فهذا الذى نَهَى عنه عمرُ ، يُؤَدَّبان جَمِيعًا ، وهذا فاسدٌ ، ليس بكُفْءٍ ، وهو شِبْهُ المُحَلِّلِ . وعَلَّلَ أحمدُ فَسادَه بشَيْئَيْن ؛ أحَدُهما ، أنَّه شِبْهُ المُحَلِّلِ ؛ لأنَّه إنَّما زَوَّجها إيَّاه ليُحِلَّها[1] له . والثانى ، كَوْنُه ليس بكُفْءٍ لها . ويَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ النِّكاحُ إذا لم يَقْصِدِ العَبْدُ التَّحْليلَ ؛ لأنَّ المُعْتَبَرَ فى الفَسادِ نِيَّةُ الزَّوْجِ لا نِيَّةُ غيرِه ، [2]ولم يَنْوِ[2] .

الإنصاف

إلى المَماتِ . قالَه الأصحابُ .

فائدة : لو اشْتَرَى عَبْدًا وزَوَّجه بمُطَلَّقَتِه[3] ثلاثًا ، ثم وهَبها العَبْدَ أو بعضَه ؛ ليَفْسَخَ نِكاحَها ، لم يصِحَّ . قال الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ : إذا طلَّقها ثلاثًا ، وأرادَ أنْ يُراجِعَها ، فاشْتَرى عَبْدًا وزوَّجَه بها ، فهذا الذى نهَى عنه عمرُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، يؤَدَّبان جميعًا . وهذا فاسِدٌ ، ليس بكُفْءٍ ، وهو شِبْهُ المُحَلِّلِ . قال فى « الفُروعِ » : وتزْويجُها المُطَلِّقُ ثلاثًا لعَبْدِه بنِيَّةِ هِبَتِه ، أو بَيْعِه منها ؛ ليَفْسَخَ النِّكاحَ ، كنِيَّةِ الزَّوْجِ ، ومَن لا فُرْقَةَ بيَدِه ، لا أثَرَ لنِيَّته . وقال ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُنونِ » ، فى مَن طلَّق زوْجَته الأَمَةَ ثلاثًا ، ثم اشْتَراها ؛ لتَأْسُّفِه على طلاقِها . حِلُّها بعيدٌ فى مذهبِنا ؛ لأنَّه[4] يقِفُ على زَوْجٍ وإصابَةٍ ، ومتى زوَّجها – مع ما

(1) فى م : « لتحل » .
(2 – 2) سقط من : م .
(3) فى الأصل ، ط : « بالمطلقة » .
(4) فى ط : « لا » .

المقنع ....

الشرح الكبير

فصل : ونِكاحُ المُحَلِّلِ فاسِدٌ ، تَثْبُتُ فيه أحكامُ العُقُودِ الفاسدةِ[1] ، ولا يَحْصُلُ به الإحْصانُ ، ولا الإباحَةُ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، كما لا يَثْبُتُ فى سائِرِ العُقُودِ الفاسدةِ . فإن[2] قيلَ : قد سَمَّاه النبىُّ ﷺ مُحَلِّلًا ، [3]وسَمَّى الزَّوْجَ مُحَلَّلًا له ، ولو لم يَحْصُلِ الحِلُّ لم يَكُنْ مُحَلِّلًا ولا مُحَلَّلًا له . قُلْنا : سَمَّاه مُحَلِّلًا[3] ؛ لأنَّه قَصَدَ التَّحْلِيلَ فى مَوْضِعٍ لا

الإنصاف

ظَهَر مِن تأسُّفِه عليها – لم يكُنْ قصْدُه بالنِّكاحِ إلَّا التَّحْليلَ ، والقَصْدُ عندَنا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ؛ بدَليلِ ما ذكَرَه أصحابُنا ؛ إذا تزوَّج الغَريبُ بنِيَّةِ طلاقِها إذا خرَج مِنَ البَلَدِ ، لم يصِحَّ . ذكَرَه فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : ويَحْتَمِلُ أنْ يصِحَّ النِّكاحُ إذا لم يقْصِدِ العَبْدُ التَّحْليلَ . [4]وقال العَلَّامَةُ ابنُ القَيِّمِ فى « إعْلامِ المُوَقِّعِين » : لو أخْرَجَتْ مِن مالِها ثَمَنَ مَمْلوكٍ ، فوَهَبَتْه لبعضِ مَن تَثِقُ به ، فاشْتَرَى به مَمْلُوكًا ، ثم خطَبَها على مَمْلُوكِه ، فزوَّجَها منه ، فدخَل بها المَمْلوكُ ، ثم وهَبَها إيَّاه ، انْفَسَخَ النِّكاحُ ، ولم يكُنْ هناك تحْليلٌ مشْروطٌ ولا مَنْوِىٌّ ممَّن تُؤَثِّرُ نِيَّتُه وشرْطُه ، وهو الزَّوْجُ ، فإنَّه لا أثَرَ لنِيَّةِ الزَّوْجَةِ ، ولا الوَلِىِّ . قال : وقد صرَّح أصحابُنا بأنَّ ذلك يُحِلُّها . فقال فى « المُغْنِى » : فإنْ تزَوَّجَها مملوكٌ ووَطِئَها ، أحلَّها . انتهى . وهذه الصُّورَةُ غيرُ التى منَع منها الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، فإنَّه منَع مِن حِلِّها ، إذا كان المُطَلِّقُ الزَّوْجَ ، واشْتَرَى العَبْدَ وزَوَّجه بإذْنِ وَلِيِّها ليُحِلَّها . انتهى[4] .

(١) بعده فى م : « فإنه قن » .
(٢) سقط من : م .
(٣ – ٣) سقط من : الأصل .
(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

المقنع الثَّالِثُ ، نِكَاحُ الْمُتْعَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِلَى مُدَّةٍ ،...........

الشرح الكبير يَحْصُلُ فيه الحِلُّ ، كما قال : « مَا آمَنَ بِالْقُرْآنِ مَنِ اسْتَحَلَّ مَحَارِمَهُ »[(١)] . وقال اللهُ تعالى : ﴿ يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا ﴾[(٢)] . ولو كان مُحَلِّلًا[(٣)] فى الحقيقةِ والآخرُ مُحَلَّلًا له ، لم يكونا مَلْعُونَيْن .

(الثالثُ ، نِكاحُ المُتْعَةِ ، وهو أن يَتَزَوَّجها إلى مُدَّةٍ) مثلَ أن يقولَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِى شَهْرًا - أو - سَنَةً - أو - إلى انْقِضاءِ المَوْسِمِ - أو[(٤)] - قُدُومِ الحاجِّ . وشِبْهِه ، سَواءٌ كانتِ المُدَّةُ مَعْلُومَةً أو مَجْهُولَةً ، فهو باطِلٌ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : نِكاحُ المُتْعَةِ حَرامٌ . وقال أبو بكرٍ : فيها رِوايةٌ أُخْرَى ، أنها مَكْرُوهةٌ غيرُ حرامٍ ؛ لأنَّ ابنَ مَنْصُورٍ سَأَلَ أحمدَ عنها ، فقال : يَجْتَنِبُها أحَبُّ إلَىَّ . قال : فظاهِرُ هذا الكَرَاهةُ دُونَ التَّحْرِيمِ . وغيرُ أبى بكرٍ مِن أصْحابِنا يَمْنَعُ هذا ، ويقولُ : المسألةُ روايةٌ واحدةٌ فى تَحْرِيمِها . وهذا قولُ عامَّةِ الصحابةِ والفُقَهاءِ . ومِمَّن رُوِىَ[(٥)] عنه

الإنصاف قوله : الثَّالِثُ ، نِكاحُ المُتْعَةِ ، وهو أنْ يَتَزَوَّجَها إلى مُدَّةٍ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّ نِكاحَ المُتْعَةِ لا يصِحُّ ، وعليه الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، والأصحابُ . وعنه ، يُكْرَهُ ويصِحُّ . ذكَرَها أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » ، وأبو

---

(١) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا محمود بن غيلان ، من أبواب فضائل القرآن . عارضة الأحوذى ٤٠/١١ . وقال : هذا حديث ليس إسناده بالقوى . وانظر ضعيف سنن الترمذى ٣٥٢ .

(٢) سورة التوبة ٣٧ .

(٣) فى الأصل : « محلا » .

(٤) فى م : « و » .

(٥) بعده فى الأصل : « ذلك » .

الشرح الكبير

تَحْرِيمُها ؛ عمرُ ، وعلىٌّ ، (١وابنُ عمرَ١) ، وابنُ مسعودٍ ، وابنُ الزُّبَيْرِ . قال ابنُ عبدِ البَرِّ(٢) : وعلى تَحْرِيمِ المُتْعَةِ مالكٌ ، وأهلُ المدينةِ ، وأبو حنيفةَ فى أهلِ الكوفةِ ، والأوْزاعِىُّ فى أهلِ الشامِ ، واللَّيْثُ فى أهلِ مصْرَ ، والشافعىُّ ، وسائِرُ أصحابِ الآثارِ . وقال زُفَرُ : يَصِحُّ النِّكاحُ ، ويَبْطُلُ الشَّرْطُ . وحُكِىَ (٣عن ابنِ عباسٍ ، أنَّها جائزةٌ . وعليه أكثَرُ أصْحابِه ؛ عطاءٌ ، وطاوسٌ . وبه قال ابنُ جُرَيْجٍ . وحُكِىَ٣) ذلك عن أبى سعيدٍ الخُدْرِىِّ ، وجابرٍ . وإليه ذَهَب الشِّيعَةُ ؛ لأنَّه قد ثَبَت أنَّ النبىَّ ﷺ أذِنَ فيها . ورُوِىَ أنَّ عمرَ قال [٦/١٢٩ظ] : مُتْعَتان كانَتا على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ أنا أنْهَى عنهما ، وأُعاقِبُ عليهما ؛ مُتْعَةُ النِّساءِ ، ومُتْعَةُ الحَجِّ(٤) . ولأنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَةٍ ، فجازَ مُؤَقَّتًا ، كالإِجارَةِ . ولَنا ، ما رَوَى الرَّبِيعُ بنُ سَبْرَةَ أنَّه قال : أشْهَدُ على أبى ، أنَّه حَدَّث أنَّ رسولَ اللهِ

الإنصاف

الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وقال : رجَع عنها الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : توَقَّفَ الإمامُ أحمدُ ، رَحِمَه اللهُ ، عن لَفْظِ الحَرامِ ولم يَنْفِه . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : وغيرُ أبى بَكْرٍ [٣/٢٩ظ] يمْنَعُ هذا ، ويقولُ : المَسْأَلَةُ رِوايَةٌ واحِدَةٌ . وقال فى « المُحَرَّرِ » : ويتخَرَّجُ أنْ يصِحَّ ، ويَلْغُو التَّوْقيتُ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : التمهيد ١٠/١٢١ ، الاستذكار ١٦/٣٠٠ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه البيهقى ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٧/٢٠٦ .

الشرح الكبير

ﷺ نَهَى عنه[١] فى حَجَّةِ الوَداعِ[٢] . وفى لَفْظٍ : أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ حَرَّمَ مُتْعَةَ النساءِ . رَواه أبو داودَ[٣] . وفى لفظٍ رَواه ابنُ ماجَه[٤] ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال : « يا أيُّها النَّاسُ ، إنِّى كُنْتُ قد[٥] أذِنْتُ لَكُمْ فِى الاسْتِمْتَاعِ ، أَلَا وإنَّ اللهَ قَدْ حَرَّمَهَا إلى يَوْمِ الْقِيامَةِ » . وروَى سَبْرَةُ : أمَرَنا رسولُ اللهِ ﷺ بالمُتْعَةِ عامَ الفَتْحِ حينَ دخَلْنا مَكَّةَ ، فلَم نَخْرُجْ حتى نَهانا عنها . رَواه مسلمٌ[٦] . وروَى علىُّ بنُ أبى طالبٍ ، أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نَهَى عن مُتْعَةِ النِّساءِ يَوْمَ خَيْبَرَ ، وعن لُحُومِ الحُمُرِ الأهْلِيَّةِ . مُتَّفَقٌ عليه ، ورَواه مالكٌ فى « المُوَطَّأ » ، وأخْرَجَه الأئِمَّةُ ، النَّسَائِىُّ

الإنصاف

فائدة : لو نوَى بقَلْبِه ، فهو كما لو شرَطَه . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . نصَّ عليه ، وعليه الأصحابُ . قال فى « الفُروعِ » : وقطَع الشَّيْخُ فيها بصِحَّتِه مع النِّيَّةِ ، ونصُّه ، والأصحابُ خِلافُه . انتهى . وقيل : يصِحُّ . وجزَم به فى

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٦ ، ١٠٢٧ . وأبو داود ، فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٨ ، ٤٧٩ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ١٠٣ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

(٣) فى : باب فى نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/ ٤٧٩ .

(٤) فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٦٣١ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب نكاح المتعة ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٥ . والدارمى ، فى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٤٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/ ٤٠٦ .

(٥) سقط من : م .

(٦) فى : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ...، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٥ ، ١٠٢٧ .

الشرح الكبير

وغيرُه[1] . واخْتَلَفَ أهلُ العلمِ فى الجَمْعِ بينَ هذيْن الخَبَرَيْن ، فقال قومٌ : فى حديثِ علىٍّ تَقْدِيمٌ وتَأْخِيرٌ ، وتقديرُه أنَّ النبىَّ ﷺ نَهَى عن لُحُومِ الحُمُرِ الأهْلِيَّةِ يومَ خَيْبَرَ ، ونَهَى عن مُتْعَةِ النِّساءِ ، و لم يَذْكُرْ مِيقاتَ النَّهْىِ عنها ، وقد بَيَّنَه الرَّبيعُ بنُ سَبْرَةَ فى حَدِيثِه ، أنَّه كان فى حَجَّةِ الوَداعِ . حَكاه الإِمامُ أحمدُ عن قومٍ ، وذَكَرَه ابنُ عبدِ البَرِّ[2] . وقال الشافعىُّ : لا أعْلَمُ شيئًا أحَلَّه اللهُ ثم حَرَّمَهُ ، ثم أحَلَّه [3]ثم حَرَّمَه[3] ، إلَّا المُتْعَةَ . فحَمَلَ الأمْرَ على ظاهِرِه ، وأنَّ النبىَّ ﷺ حَرَّمَها يَوْمَ خيبرَ ، ثُم أحَلَّها فى حَجَّةِ الوَداعِ ثَلاثَةَ أيامٍ ، ثم حَرَّمَها . ولأنَّه لا[4] يَتعَلَّقُ بها أحكامُ النِّكاحِ ؛ مِن

الإنصاف

« المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وقالا : هذا قَوْلُ عامَّةِ أهْلِ العِلْمِ ، إلَّا[5] الأَوْزَاعِىَّ ، كما لو نَوَى ، إنْ وافَقَتْه ، وإلَّا طَلَّقَها . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه

---

(1) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب نهى رسول الله ﷺ عن نكاح المتعة آخرًا ، من كتاب النكاح ، وفى : باب لحوم الحمر الإنسية ، من كتاب الذبائح . صحيح البخارى ١٧٣/٥ ، ١٦/٧ ، ١٢٣ . ومسلم ، فى : باب نكاح المتعة ...، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحم الحمر الإنسية ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٠٢٧/٢ ، ١٠٢٨ ، ١٥٣٧/٣ ، ١٥٣٨ . والترمذى ، فى : باب ماجاء فى تحريم نكاح المتعة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٨/٥ . والنسائى ، فى : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب تحريم أكل لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الصيد . المجتبى ١٠٢/٦ ، ١٠٣ ، ١٧٩/٧ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣١/١ . والدارمى ، فى : باب فى لحوم الحمر الأهلية ، من كتاب الأضاحى ، وفى : باب النهى عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٨٦/٢ ، ١٤٠ . والإمام مالك ، فى : باب نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٤٢/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٧٩/١ .

(2) فى : التمهيد ١٠٣/١٠ ، الاستذكار ٢٩٠/١٦ .

(3 - 3) سقط من : الأصل .

(4) سقط من : م .

(5) سقط من : ط .

الشرح الكبير

الطَّلاقِ ، والظِّهارِ ، واللِّعانِ ، والتَّوارُثِ ، فكان باطِلًا ، كسائرِ الأنْكِحَةِ الباطلةِ . وأمَّا قولُ ابنِ عباسٍ ، فقد حُكِىَ عنه الرُّجُوعُ عنه[1] ، فرَوَى أبو بكرٍ ، بإسنادِه عن سعيدِ بن جُبَيْرٍ ، قال : قلتُ لابنِ عباسٍ لقد [2]أكْثَرَ النَّاسُ[2] فى المُتْعَةِ ، حتى قال فيها الشاعرُ[3] :

أقولُ وقد طالَ الثَّواءُ بِنَا مَعًا ... يا صَاحِ هَلْ لكَ فى فُتْيَا ابنِ عباسِ
هَل لَكَ فى رَخْصَةِ الأطْرَافِ آنِسَةٍ ... تكونُ مَثْواكَ حتى مَصْدَرِ الناسِ[4]

فقام خَطِيبًا ، فقال : إنَّ المُتْعَةَ كالمَيْتَةِ والدَّمِ ولَحْمِ الخِنْزِيرِ[5] . وعن محمدِ بنِ كعبٍ ، عن ابنِ عباسٍ ، قال : إنَّما كانتِ المُتْعَةُ فى أوَّلِ الإسْلامِ ، كان الرجلُ يَقْدَمُ البَلْدَةَ ليس فيها مَعْرِفَةٌ ، فيَتَزَوَّجُ المرأةَ بقَدْرِ ما يَرَى[6] أنَّه يُقِيمُ ، فتَحْفَظُ له مَتاعَه ، وتُصْلِحُ له شَيْئَه[7] ، حتى نَزَلَتْ

الإنصاف

اللهُ : لم أرَ أحدًا مِنَ الأصحابِ قال : لا بَأْسَ به ، وما قاسَ عليه ، لا رَيْبَ أنَّه مُوجَبُ العَقْدِ ، بخِلافِ ما تقدَّم ، فإنَّه يُنافِيه ؛ لقَصْدِه التَّوْقيتَ .

---

(١) سقط من : م .
(٢ - ٢) فى الأصل : « كثرت » .
(٣) أورد ابن قتيبة الحديث والبيتين و لم ينسبهما . عيون الأخبار ٩٥/٤ .
(٤) فى الأصل : « الأطراق » ، « آيسة » .
(٥) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٠٥/٧ . وانظر الإرواء ٣١٨/٦ ، ٣١٩ .
(٦) فى م : « يدرى » .
(٧) فى م : « شأنه » . والمثبت من الأصل ، وهو عند الترمذى ، فى : باب ما جاء فى تحريم نكاح المتعة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٩/٥ ، ٥٠ .
وبلفظ : « شأنه » . أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٠٥/٧ ، ٢٠٦ . والحديث ضعفه الحافظ فى الفتح ١٤٨/٩ .

الشرح الكبير

هذه الآيَةُ : ﴿ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ ﴾[1] . قال ابنُ عباسٍ : فكلُّ فَرْجٍ سِوَاهُما حَرامٌ . رَواه التِّرْمِذِىُّ . فأمَّا إذْنُ النبىِّ ﷺ فيها ، فقد ثَبَت نَسْخُه ، وأمَّا حديثُ عمرَ - إن صَحَّ عنه - فالظاهرُ أنَّه إنَّما قَصَد الإِخْبارَ عن تَحْريمِ النبىِّ ﷺ لها ونَهْيِه [١٣٠/٦و] عنها ، إذْ لا يَجُوزُ أن يَنْهَى عمَّا كان النبىُّ ﷺ أباحَه وبَقِىَ على إباحَتِه .

فصل : فإن تَزَوَّجَها بغيرِ[2] شَرْطٍ ، إلَّا أنَّ فى نِيَّتِه طَلاقَها بعدَ شَهْرٍ ، أو إذا انْقَضَتْ حاجَتُه ، فالنِّكاحُ صَحِيحٌ ، فى قولِ عامَّةِ أهلِ العلمِ ، إلَّا الأوْزاعِىَّ ، قال : هو نِكاحُ مُتْعَةٍ . والصَّحِيحُ أنَّه لا بَأْسَ به ، ولا تَضُرُّ نِيَّتُه ، وليس على الرجلِ أن يَنْوِىَ حَبْسَ امْرَأَتِه[3] إن وَافَقَتْه ، وإلَّا طَلَّقَها .

٣١٧٨ - مسألة : وكذلك إن شَرَط أن يُطَلِّقَها فى وَقْتٍ بعَيْنِه ، فلا يَصِحُّ النِّكاحُ ، سَواءٌ كان معلومًا أو مجهولًا ، مثلَ أن يُشْتَرَطَ عليه طَلاقَها

الإنصاف

قوله : ونِكاحٌ شرَط فيه طَلاقَها فى وَقْتٍ . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه إذا شرَط فى النِّكاحِ طَلاقَها فى وَقْتٍ ، حُكْمُه حُكْمُ نِكاحِ المُتْعَةِ . وعليه الأصحابُ ، ونصَّ عليه . ويتَخرَّجُ أنْ يصِحَّ النِّكاحُ ، ويَبْطُلَ الشَّرْطُ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ .

---

(١) سورة المؤمنون ٦ ، سورة المعارج ٣٠ .
(٢) فى م : « من غير » .
(٣) بعده فى الأصل : « وحبسه » . وفى المغنى ٤٩/١٠ : « وحسبه » .

المقنع

أَوْ عَلَّقَ ابْتِدَاءَهُ عَلَى شَرْطٍ ، كَقَوْلِهِ : زَوَّجْتُكَ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أَوْ : إِنْ رَضِيَتْ أُمُّهَا . فَهَذَا كُلُّهُ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ .

الشرح الكبير

إن قَدِمَ أبُوها أو أخُوها . ويَتَخَرَّجُ أن يَصِحَّ النِّكاحُ ويَبْطُلَ الشَّرْطُ . وهو قولُ أبي حنيفةَ ، وأظْهَرُ قَوْلَيِ الشافعيِّ . قالَه في عامَّةِ كُتُبِه ؛ لأنَّ النِّكاحَ وَقَع مُطْلَقًا ، وإنَّما شَرَط على نَفْسِه شَرْطًا ، وذلك لا يُؤَثِّرُ فيه ، كما لو شَرَط أن لا يَتَزَوَّجَ عليها ولا يُسافِرَ بها . ولَنا ، أنَّ هذا شَرْطٌ مانِعٌ مِن بَقاءِ النِّكاحِ ، فأشْبَهَ نِكاحَ المُتْعَةِ ، ولأنَّه شَرَط انْتِفاءَ النِّكاحِ في وَقْتٍ بعَيْنِه ، أشْبَهَ نِكاحَ المُتْعَةِ ، ويُفارِقُ ما قاسُوا عليه ، فإنَّه لم يَشْتَرِطْ قَطْعَ النِّكاحِ .

٣١٧٩ - مسألة : (وإن عَلَّقَ ابْتِدَاءَه على شَرْطٍ ، كقَوْلِه : زَوَّجْتُكَ إذا جاء رَأْسُ الشَّهْرِ . أو : إن رَضِيَتْ أُمُّها . فهذا كلُّه باطِلٌ مِن أصْلِه) لأنَّه عَقْدُ مُعاوضَةٍ ، فلم يَصِحَّ تَعْلِيقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، كالبَيْعِ ، ولأنَّه وَقَف النِّكاحَ على شَرْطٍ ، ولا يَجُوزُ وَقْفُه على شرطٍ . وهو قولُ الشافعيِّ .

الإنصاف

قوله : أو علَّقَ ابْتِداءَه على شَرْطٍ ، كقَوْلِه : زَوَّجْتُكَ إذا جاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ . أو : إنْ رَضِيَتْ أُمُّها . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ بُطْلانُ العَقْدِ في ذلك وشِبْهِه . قال في « الفُروعِ » : إذا علَّق ابْتِداءَه على شَرْطٍ ، فسَد العَقْدُ ، على الأصحِّ . كالشَّرْطِ . وصحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه . قال في « المُحَرَّرِ » وغيرِه : ولا يصِحُّ تعْليقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وقدَّمه في « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِي الصَّغِيرِ » ، و « الفائقِ » ، وغيرِهم . وعنه ، العَقْدُ صحيحٌ . وبعَّدَها القاضي ، وأبو الخَطَّابِ ، قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ذكَر القاضي وغيرُه رِوايتَيْن ، والأنَصُّ مِن كلامِه جَوازُه . قال ابنُ رَجَبٍ : ورِوايَةُ

المقنع

النَّوْعُ الثَّانِى ، أَنْ يَشْتَرِطَ أَنَّهُ [٢٠٨و] لَا مَهْرَ لَهَا وَلَا نَفَقَةَ ، أَوْ يَقْسِمَ لَهَا أَكْثَرَ مِن امْرَأَتِهِ الْأُخْرَى أَوْ أَقَلَّ ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ .

الشرح الكبير

وعن مالكٍ نحوُه . وذَكَر أبو الخطاب فيما إذا شَرَط إن رَضِيَتْ أُمُّها ، رِوايَةً أنَّ النكاحَ صحيحٌ ؛ لأنَّه يَصِحُّ مع[1] الجَهْلِ بالعِوَضِ ، فلم يَبْطُلْ بالشَّرْطِ الفاسِدِ ، كالعِتْقِ ، ويَبْطُلُ الشرْطُ . والأوَّلُ أصَحُّ ؛ لِما ذَكَرْنا .

(النوعُ الثانى ، أن يَشْرُطَ أنَّه لا مَهْرَ لها ولا نَفَقَةَ ، أو يَقْسِمَ لها أكثرَ مِن امرأتِه الأُخْرَى أو أقَلَّ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ) وكذلك إن شَرَط

الإنصاف

الصِّحَّةِ أقْوَى . قال فى « الفائقِ » : ولا يصِحُّ تعْليقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . وعنه ، يصِحُّ ، نَصَرَه شيْخُنا ، وهو المُخْتارُ . انتهى . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : قوْلُه فى « المُحَرَّرِ » : ولا يصِحُّ تعْليقُه بشَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ . أظُنُّ قصَد بذلك الاحْتِرازَ عن تعْليقِه بمَشِيئَةِ اللهِ تعالَى ، ودخَل فى ذلك إذا قالَ : زوَّجْتُكَ هذا المَوْلُودَ إنْ كان أُنْثَى . أو : زوَّجْتُكَ ابنَتِى إنْ كانَتِ انقَضَتْ عِدَّتُها . أو : إنْ لم تَكُنْ زُوِّجَتْ . ونحوُ ذلك مِنَ الشُّروطِ الحاضِرَةِ والماضِيَةِ . وكذلك ذكَر الجَدُّ الأَعْلَى[2] ، أنَّه لا يجوزُ تعْليقُه على شَرْطٍ مُسْتَقْبَلٍ ، ولم أرَها لغيرِهما . انتهى . وتقدَّم كلامُ ابنِ رَجَبٍ فى « قَواعِدِه » فى أوَّلِ بابِ أرْكانِ النِّكاحِ ، فليُراجَعْ[3] .

قوله : النَّوْعُ الثَّانى ، أنْ يَشْتَرِطَ أنْ لا مهْرَ لها ولا نَفقَةَ ، أو يَقْسِمَ لها أكْثَرَ مِنِ

---

(١) فى م : « فى » .

(٢) هو جد شيخ الإسلام ابن تيمية ، ولعله يقصد المجد عبد السلام .

(٣) انظر صفحة ٩٧ .

الشرح الكبير

أنه إن أصْدَقَها رَجَعَ عليها ، أو تَشْرُطُ عليه أن لا يَطَأَها ، أو يَعْزِلَ عنها ، أو لا يكونَ عندَها فى الجُمُعَةِ إلَّا ليلةً ، أو شَرَط لها النَّهارَ دونَ الليلِ ، أو شَرَط على المرأةِ أن تُنْفِقَ عليه ، أو تُعْطِيَه شيئًا ، فهذه الشُّرُوطُ كلُّها باطِلَةٌ فى نَفْسِها ؛ لأنَّها تُنافِى مُقْتَضاه ، وتَتَضَمَّنُ إسْقاطَ حُقُوقٍ تَجِبُ بالعَقْدِ قبلَ انْعِقادِه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو أسْقَطَ الشَّفِيعُ شُفْعَتَه قبلَ البَيْعِ . فأمَّا العقدُ فى نَفْسِه فهو صَحِيحٌ ؛ لأنَّ هذه الشروطَ تَعُودُ إلى مَعْنًى زائدٍ فى العَقْدِ ، لا يُشْتَرَطُ ذِكْرُه ، ولا يَضُرُّ الجَهْلُ به ، فلم يُبْطِلْه ، كما لو شَرَط فى العَقْدِ صَدَاقًا مُحَرَّمًا . ولأنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ مع الجَهْلِ بالعِوَضِ ، فجازَ أن يَنْعَقِدَ مع الشَّرطِ الفاسدِ ، كالعَتاقِ . وقد نَصَّ أحمدُ ، فى مَن تزَوَّجَ امرأةً وشَرَط عليها أن يَبِيتَ عندَها فى كلِّ جُمُعَةٍ ليلةً ، ثم رَجَعَتْ وقالتْ : لا أرْضَى إلَّا ليلةً وليلةً . فقال : لها أن تَتْرُكَ[1] بطِيبِ نَفْسٍ منها ، فإنَّ ذلك جائزٌ .

الإنصاف

امْرَأَتِه الأُخْرَى أو أقَلَّ ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ . وكذا لو شرَط أحدُهما عدَمَ الوَطْءِ . وهذا المذهبُ ، نصَّ عليهما . وصحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » وغيرِه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقيل : يبْطُلُ النِّكاحُ أيضًا . وقيل : يبْطُلُ إذا شرَطَتْ عليه أنْ لا يطَأَها . قال ابنُ عَقِيلٍ فى « مُفْرَداتِه » : ذكَر أبو بَكْرٍ ، فيما إذا شرَط أنْ لا يطأَ ، أو أنْ لا يُنْفِقَ ، أو إنْ فارَقَ ، رجَع بما أنْفَقَ ، روايتَيْن . يعْنِى ، فى صِحَّةِ العَقْدِ . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ويَحْتَمِلُ صِحَّةَ شرْطِ عدَمِ النَّفَقَةِ . قال : لا سِيَّما إذا

(١) فى م : « تنزل إلا » .

الشرح الكبير

وإن قالتْ : لا أرْضَى إلَّا بالمُقاسَمَةِ . [٦/١٣٠ظ] كان ذلك حَقًّا لها ، تُطالِبُه به إن شاءتْ . ونَقَل عنه الأثْرَمُ ، فى الرجلِ يَتزَوَّجُ المرأةَ ويَشْرُطُ عليها أن يَأْتِيَها فى الأيَّامِ : يَجُوزُ الشَّرْطُ ، فإن شاءَتْ رَجَعَتْ . وقال فى الرجلِ يَتزَوَّجُ المرأةَ على أن تُنْفِقَ عليه فى كلِّ شهرٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمَ ، أو عَشَرَةَ دَرَاهِمَ : النِّكاحُ جائزٌ ، ولها أن تَرْجِعَ فى هذا الشَّرْطِ . ونُقِلَ عن أحمدَ كلامٌ فى بعضِ هذه الشُّروطِ يَحْتَمِلُ إبْطالَ العَقْدِ ، فنَقَلَ عنه المَرُّوذِىُّ فى النَّهارِيَّاتِ واللَّيْلِيَّاتِ : ليس هذا مِن نِكاحِ أهلِ الإِسْلامِ . ومِمَّن كَرِهَ تَزْوِيجَ النَّهارِيَّات ؛ حَمَّادُ بنُ أبى سُليمانَ ، وابنُ شُبْرُمَةَ . وقال الثَّوْرِىُّ : الشَّرْطُ باطِلٌ . وقال أصحابُ الرَّأْىِ : إذا سَأَلَتْه أن يَعْدِلَ لها ، عَدَل . وكان الحَسَنُ ، وعطاءٌ ، لا يَرَيان بِنِكاحِ النَّهارِيَّاتِ بَأْسًا . وكان الحسنُ لا يَرَى بَأْسًا أن يَتزَوَّجَها ويَجْعَلَ لها مِن الشَّهْرِ أيَّامًا مَعْلُومَةً . قال شيخُنا[1] : ولَعَلَّ كَراهةَ مَنْ كَرِه ذلك ، راجِعٌ إلى إبْطالِ الشَّرْطِ ، وإجازَةَ مَن أجازَه ، راجِعٌ إلى أصْلِ النِّكاحِ ، فتكونُ أقوالُهم مُتَّفِقَةً على صِحَّةِ النِّكاحِ وإبْطالِ الشَّرْطِ ، كما قُلْنا ، واللهُ أعلمُ . وقال القاضِى : إنَّما كَرِه أحمدُ هذا النِّكاحَ ؛ لأنَّه يَقَعُ على وَجْهِ[2] السِّرِّ ، وهو مَنْهِىٌّ عنه . فإن شُرِطَ عليه تَرْكُ

الإنصاف

قُلْنا : إنَّه إذا أعْسَرَ الزَّوْجُ ورَضِيَتْ به . أنَّها لا تَمْلِكُ المُطالَبَةَ بالنَّفَقةِ[3] بعدُ . واخْتارَ ، فيما إذا شرَط أنْ لا مَهْرَ ، فَسادَ العَقْدِ ، وأنَّه قوْلُ أكثرِ السَّلَفِ ، واخْتارَ

---

(١) فى : المغنى ٩/٤٨٧ .

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل ، ط .

المقنع الثَّالِثُ ، أَنْ يَشْتَرِطَ الْخِيَارَ ، أَوْ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِى وَقْتٍ ، وَإِلَّا فَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، فَالشَّرْطُ بَاطِلٌ ، وَفِى صِحَّةِ النِّكَاحِ رِوَايَتَانِ .

الشرح الكبير الوَطْءِ ، احْتَمَلَ أن يَفْسُدَ العَقْدُ ؛ لأنَّه شُرِط ما يُنافِى المقصودَ مِن النِّكاحِ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وكذلك إن شُرِطَ عليه أن لا تُسَلَّمَ إليه ، فهو بمَنْزِلَةِ مَن اشْتَرَى شيئًا على أن لا يَقْبِضَهُ . وإن شَرَط عليها أن لا يَطَأَها[1] ، لم يَفْسُدْ ؛ لأنَّ الوَطْءَ حَقُّه عليها . ويَحْتَمِلُ أن يَفْسُدَ ؛ لأنَّ لها فيه حَقًّا ، ولذلك تَمْلِكُ مُطالَبَتَه به إذا آلى ، والفَسْخَ إذا تَعذَّرَ بالجَبِّ والعُنَّةِ .

(الثالثُ ، أن يَشْرُطَ الخيارَ ، أو إن جاءَها بالمَهْرِ فى وَقْتٍ ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينَهما ، فالشَّرْطُ باطِلٌ ، وفى صِحَّةِ النِّكاحِ رِوايتان) إحدَاهما ، النِّكاحُ صحيحٌ ، والشَّرْطُ باطلٌ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، فيما إذا شَرَط الخيارَ . وحَكاه عن أبى حنيفةَ . وزَعَم أنَّه لا خِلافَ فيه . وقال ابنُ المُنْذِرِ : قال أحمدُ ، وإسحاقُ - إذا تَزَوَّجَها على أنَّه إن جاءَها بالمَهْرِ فى وَقْتِ كذا ، وإلَّا فلا نِكاحَ بينَهما : الشَّرْطُ باطلٌ والعقدُ جائزٌ . وهو قولُ عطاءٍ ،

الإنصاف أيضًا الصِّحَّةَ ، فيما إذا شرَط عدَمَ الوَطْءِ ، كشَرْطِ تَرْكِ ما تَسْتَحِقُّه . وقال أيضًا : لو شرَطَتْ مُقامَ وَلَدِها عندَها ، ونَفَقَتَه على الزَّوْجِ ، كان مِثْلَ اشْتِراطِ الزِّيادَةِ فى الصَّداقِ ، ويُرْجَعُ فى ذلك إلى العُرْفِ ، كالأجيرِ بطَعامِه وكُسْوَتِه .

قوله : الثَّالِثُ ، أنْ يَشْتَرِطَ الخِيارَ ، أو إنْ جاءَها بالمَهْرِ فى وَقْتِ [٣/٣٠و] كذا ، وإلا فلا نكاحَ بينَهما ، فالشَّرْطُ باطِلٌ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ وغيرُه .

---

(١) فى م : « يطأ » .

الشرح الكبير

والثَّوْرِىِّ ، وأبى حنيفةَ ، والأوْزَاعِىِّ . ورُوِىَ ذلك عن الزُّهْرِىِّ ؛ لأنَّ النِّكاحَ عقدٌ لازمٌ ، لا يَدْخُلُه خِيارٌ ؛ لما فى ذلك مِن المَفْسَدَةِ والضَّرَرِ على الحرائرِ ، لكَوْنِها تُرَدُّ بعدَ ابْتِذالِها[1] بعقدِ النِّكاحِ ، والشَّناعَةِ[2] عليها بأنَّها رُدَّتْ رَغْبَةً عنها لدَناءَتِها ، والشَّرْطُ الآخَرُ تعليقٌ للنِّكاحِ على شَرْطٍ ، فهو فى[3] معنى الخِيارِ ، ويَصِحُّ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَصِحُّ فى المجهُولِ ، فلم يَفْسُدْ بالشَّرْطِ الفاسدِ ، كالعِتقِ . وروَى ابنُ منصورٍ عن أحمدَ فى هذا ، أنَّ الشَّرْطَ والعقدَ جائزان ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « المُسْلِمُونَ عَلى شُرُوطِهِم »[4] . [١٣١/٦و] وذكَر القاضى فى كتابه « الرِّوايَتَيْن والوَجْهَيْن » : أمّا صِحَّةُ العقدِ ، فلأنَّ اللَّفْظَ الذى يَقْتَضِى الدَّوامَ قد وُجِدَ ، وإنَّما حَصَلَ الشَّرْطُ فى المَهْرِ ، فلم يُؤَثِّرْ فى العقدِ ، وأمّا المَهْرُ ، فإنَّها لَمّا مَلَكَتْ فَسْخَ النِّكاحِ عندَ تعذُّرِ[5] تَسْلِيمِ المَهْرِ ، جاز أن يُشْتَرَطَ هذا

الإنصاف

وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، صِحَّةُ الشَّرْطِ . نَقَلَها ابنُ مَنْصُورٍ ، وبَعَّدَها القاضى . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، صِحَّةَ العَقْدِ والشَّرْطِ ، فيما إذا شرَط الخِيارَ .

قوله : وفى صِحَّةِ النِّكاحِ رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ،

---

(١) فى م : « ابتدائها » .

(٢) فى الأصل : « البشاعة » .

(٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخريجه فى ١٠/١٤٩ . وانظر ما تقدم فى ١٩/٢٠ .

(٥) بعده فى الأصل : « عدم » .

الشرح الكبير

المعنى فى العقدِ ، ولا يُؤَثِّرَ فيه . والرِّوايةُ الأُخْرَى ، يَبْطُلُ العقدُ فى هذا كُلِّه ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يكونُ إلَّا لازِمًا ، وهذا يُوجِبُ جَوازَه ، ولأنَّه وَقَفه على شَرْطٍ ، ولا يجوزُ وَقْفُه على شَرْطٍ ، كالبَيْعِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، ونحوُه عن مالكٍ وأبى عُبَيْدٍ .

فصل : فإن شَرَط الخِيارَ فى الصَّداقِ خاصَّةً ، لم يَفْسُدِ النِّكاحُ ؛ لأنَّ النِّكاحَ يَنْفَرِدُ عن ذِكْرِ الصَّداقِ ، لا يَفْسُدُ النِّكاحُ بفَسادِهِ ، فبأن لا يَفْسُدَ بشرطِ الخِيارِ فيه أَوْلَى ، بخِلافِ البَيْعِ ، فإنَّه إذا فَسَد أحدُ العِوَضَيْن فَسَد الآخَرُ . إذا ثَبَت هذا ، ففى الصَّداقِ ثلاثةُ أَوْجُهٍ ؛ أحدُها ، يَصِحُّ الصَّداقُ ويَبْطُلُ شَرْطُ الخِيارِ ، كما يَفْسُدُ الشَّرْطُ فى النِّكاحِ ويَصِحُّ النِّكاحُ . والثانى ، يَصِحُّ ، ويَثْبُتُ الخِيارُ فيه ؛ لأنَّ عَقْدَ الصَّداقِ عَقْدٌ مُنْفَرِدٌ ،

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الكافِى » ، و « المُغْنِى » فى الثَّانيةِ ، و « الشَّرْحِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و « الفُروعِ » . إحْداهما ، يصِحُّ . وهو المذهبُ . صحَّحَه فى « التَّصْحيحِ » ، و « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » وغيرُه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فيما إذا شرَط الخِيارَ ، كما تقدَّم عنه . والرِّوايةُ الثَّانيةُ ، لا يصِحُّ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » فى الأُولَى .

فائدة : لو شرَط الخِيارَ فى الصَّداقِ ، فقيلَ : هو كشَرْطِ الخِيارِ فى النِّكاحِ . على ما تقدَّم . وقيل : يصِحُّ هنا . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وقطَع المُصَنِّفُ ،

المقنع

فَصْلٌ : فَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ فَبَانَتْ كِتَابِيَّةً ، فَلَهُ الْخِيَارُ ،وَإِنْ شَرَطَهَا كِتَابِيَّةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :لَهُ الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

يَجْرِى مَجْرَى الأَثْمانِ[1] ، ويَثْبُتُ فيه الخيارُ كالبِيَاعاتِ . والثالثُ ، يَبْطُلُ الصَّداقُ ؛ لأنَّها لم تَرْضَ به ، فلم يَلْزَمْها ، كما لو لم تُوافِقْه على شيءٍ .

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ تعالى : (فإن تَزَوَّجَها على أنَّها مُسْلِمَةٌ فَبَانَتْ كِتابِيَّةً ، فله الخِيارُ) لأنَّه نَقْصٌ وضَرَرٌ يَتَعَدَّى إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ ما لو شَرَطَها حُرَّةً فبانَتْ أمَةً .

٣١٨٠ – مسألة : (فإن شَرَطَها كِتابِيَّةً فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فلا خِيارَ له) لأنَّها زِيادَةٌ (وقال أبو بكرٍ : له الخِيارُ) لأنَّه قد يكونُ له غَرَضٌ فى عَدَمِ وُجُوبِ العِباداتِ عليها . والأوَّلُ أوْلَى .

الإنصاف

والشَّارِحُ ، بصِحَّةِ النِّكاحِ . وهو الصَّوابُ . وأطْلَقا فى الصَّداقِ ثلاثةَ أوْجُهٍ ؛ صِحَّةَ الصَّداقِ مع بُطْلانِ الخِيارِ ، وصِحَّةَ الصَّداقِ وثُبُوتَ الخِيارِ فيه ، وبُطْلانَ الصَّداقِ .

قوله : وإنْ شرَطَها كِتابِيَّةً ، فبانَتْ مُسْلِمَةً ، فلا خِيارَ له . هذا المذهبُ . صحَّحه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والنَّاظِمُ ، وغيرُهم . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَزَجِىِّ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الشَّرْحِ »، و « الكافِى » . وقال أبو بَكْرٍ: له الخِيارُ . وقالَه فى «التَّرْغيبِ» .

---

(١) فى م : « الأيمان » ، وغير منقوطة فى الأصل . وانظر المغنى ٤٨٩/٩ .

المقنع وَإِنْ شَرَطَهَا أَمَةً ، فَبَانَتْ حُرَّةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ، ....

الشرح الكبير **فصل** : (وإن شَرَطَها أمَةً فبانَتْ حُرَّةً) وكان مِمّن[1] له نِكاحُ الإِمَاءِ (فلا خِيارَ له) لأنَّ وَلَدَه يَسْلَمُ مِن الرِّقِّ ، ويَتَمَكَّنُ مِن الاسْتِمْتاعِ بها ليلًا ونَهارًا ، وكذا لو شَرَطَها ذاتَ نَسَبٍ فبانت أشْرَفَ منه ، أو على صِفةٍ دَنِيَّةٍ[2] فبانْت خيرًا مِن شَرْطِه ؛ لأنَّها زِيادَةٌ .

الإنصاف قال النَّاظِمُ: وهو بعيدٌ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » :

فائدة : وكذا الحُكْمُ لو تزَوَّجَها يظُنُّها مُسْلِمَةً ، ولم تُعْرَفْ بتَقَدُّمِ كُفْرٍ ، فبانَتْ كافِرَةً . قالَه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وأطْلَقُوا الخِلافَ هنا ، كما أطْلَقُوه فى التى قبلَها . وجزَم هنا فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، وغيرِهم ، أنَّ له الخِيارَ .

قوله : وإنْ شرَطَها أَمَةً ، فبانَتْ حُرَّةً ، فلا خِيارَ له . هذا المذهبُ ، وعليه الجُمْهورُ . قال فى « الفُروعِ » : فلا فَسْخَ فى الأصحِّ . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايَةِ »، و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وقيل : له الخِيارُ .

فائدة : وكذا الحُكْمُ فى كلِّ صِفَةٍ شرَطَها ، فبانَتْ أعْلَى منها ، عندَ الجُمْهورِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » : إنْ شرَطَها ثَيِّبًا ، فبانَتْ بِكْرًا ، فله

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « دينه » .

المقنع

وَإِنْ شَرَطَهَا بِكْرًا ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ شَرَطَ نَفْىَ الْعُيُوبِ الَّتِى لَا يَنْفَسِخُ بِهَا النِّكَاحُ ، فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ ، فَهَلْ لَهُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير

٣١٨١ – مسألة : (وإن شرَطَها بِكْرًا) فبانَتْ ثَيِّبًا ، فعن أحمدَ كلامٌ يَحْتَمِلُ أمْرَيْن ؛ أحدُهما ، لا خِيارَ له ؛ لأنَّ النِّكاحَ لا يُرَدُّ فيه بعَيْبٍ سِوَى العُيُوبِ الثَّمانيةِ ، ولا يَثْبُتُ فيه الخِيارُ ، فلا يُرَدُّ بمُخالَفَةِ الشَّرْطِ . والثانى ، له الخِيارُ ؛ (١)لأنه شَرَط صِفَةً مَقْصُودَةً فبانَ خِلافُها ، فيَثْبُتُ له الخِيارُ(١) ، كما لو شَرَط الحُرِّيَّةَ . وكذلك لو شَرَطَها حَسْناءَ فبانت شَوْهاءَ ، أو ذاتَ نَسَبٍ فبانَتْ دُونَه ، أو بيضاءَ فبانَتْ سوداءَ ، أو طَويلةً فبانَتْ قَصِيرةً ، خُرِّجَ فى ذلك كلِّه وَجْهان . ونحوُ هذا مَذْهَبُ الشافعىِّ . وكذلك لو (شَرَط نَفْىَ العيوبِ التى لا يَنْفَسِخُ بها النِّكاحُ) كالعَمَى ، والخَرَسِ ، والصَّمَمِ ،

الإنصاف

الفَسْخُ(٢) .

قوله : وإنْ شرَطَها بِكْرًا ، أو جَمِيلَةً ، أو نَسِيبَةً ، أو شرَط نَفْىَ العُيُوبِ التى لا يَنْفَسِخُ بها النِّكاحُ ، فبانَتْ بخِلافِه ، فهل له الخِيارُ ؟ على وَجْهَيْن . وهما رِوايَتان . وأطْلَقَهما فى « الكافِى » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، (٣)وابنُ رَزِينٍ فى غيرِ البِكْرِ(٣) ؛ أحدُهما ، له الخِيارُ . واخْتارَه صاحِبُ « التَّرْغِيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، والنَّاظِمُ ،

(١ – ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ – ٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

ونحوِه ، فبانَ بخِلافِ ذلك ففيه الوَجْهان . ومِمَّن ألزمَ الزَّوْجَ [١٣١/٦ظ] مَن هذه صِفَتُها ؛ الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . حَكاهُ ابنُ المُنْذِرِ . وروَى الزُّهْرِىُّ أنَّ رجلًا تزَوَّجَ امرأةً فلم يَجِدْها عَذْراءَ ، وكانتِ الحَيْضَةُ خَرقَتْ عُذْرَتَها ، فأرْسَلَتْ إليه عائشةُ : إنَّ الحَيْضَةَ تَذْهَبُ بالعُذْرَةِ[1] . وعن الحسنِ ، والشَّعْبىِّ ، وإبراهيمَ ، فى الرجلِ إذا لم يَجِدِ امرأتَه عَذْراءَ : ليس عليه شىءٌ للعُذْرَةِ ، إنَّ الحَيْضَةَ تُذْهِبُ العُذْرَةَ ، والوَثْبَةُ ، والتَّعَنُّسُ[2] ، والحِمْلُ الثَّقِيلُ[3] .

فصل : إذا تزَوَّجَ امرأةً يَظُنُّها مُسلمةً فبانَتْ كافِرةً ، فله الخِيارُ . وهذا

الإنصاف

وابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ، والشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، (٤وهو الصَّوابُ٤) . والثَّانى ، ليس له الخِيارُ . جزَم به فى « الوَجيزِ » ، و « المُنوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، (٤وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى البِكْرِ ، وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » فى النَّسِيبَةِ٤) . وقيل : له الخِيارُ فى شَرْطِ النَّسَبِ خاصَّةً إذا فُقِدَ . وقال فى « الفُنونِ » ، فيما إذا شرَطَها بِكْرًا ، فبانَتْ بخِلافِه : يَحْتَمِلُ فَسادُ العَقْدِ ؛ لأنَّ لنا قوْلًا : إذا تزَوَّجَها على صِفَةٍ ، فبانَتْ بخِلافِها ، ببُطْلانِ العَقْدِ . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : ويَرْجِعُ على الغارِّ .

فائدة : إذا شرَطَها بِكْرًا ، وقُلْنا : ليس له خِيارٌ . فاخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ فى

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يجد امرأته غير عذراء . السنن ٢/ ٧٦ .
(٢) فى النسختين : « التعبيس » . وانظر المغنى ٩/ ٤٥١ .
(٣) أخرجه عنهم سعيد ، فى الموضع السابق ٢/ ٧٥ .
(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

المقنع

وَإِنْ تزَوَّجَ أَمَةً يَظُنُّهَا حُرَّةً ، فَأَصَابَهَا ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، وَيَفْدِيهِمْ بِمِثْلِهِمْ يَوْمَ وِلَادَتِهِمْ ، وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، وَيُفرَّقُ بَيْنَهُمَا إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ ، فَلَهُ الْخِيَارُ ، فَإِنْ رَضِيَ بِالْمُقَامِ مَعَهَا ، فَمَا وَلَدَتْ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَهُوَ رَقِيقٌ ، ....

الشرح الكبير

قولُ الشَّافعيِّ ، كما إذا شَرَطَ ذلك .

٣١٨٢ – مسألة : (وإن تزَوَّجَ أمَةً يَظُنُّها حُرَّةً) أو على أنَّها حُرَّةٌ (فأصابَها ، وَوَلدت منه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، ويَفْدِيهم بمِثْلِهم يَوْمَ وِلادَتِهم، ويَرْجِعُ بذلك على مَن غرَّه، ويُفرَّقُ بينَهما إن لم يَكُنْ مِمَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ، وإن كان مِمَّن يجوزُ له) نِكاحُ الإماءِ (فله الخِيارُ، فإن رَضِيَ بالمُقامِ معها، فما وَلَدَتْ بعدَ ذلك فهو رَقِيقٌ) الكلامُ فى هذه المسألةِ فى فصولٍ .

الإنصاف

« الفُصولِ » – وقالَه فى « الإيضاحِ » – أنَّه يرْجِعُ بما بينَ المَهْرَيْن . قال فى « الفُروعِ » : ويتوَجَّهُ مِثْلَه بقِيَّةُ الشُّروطِ . قلتُ : وهو الصَّوابُ فى الجميعِ .

قوله: وإنْ تزَوَّجَ أَمَةً يظُنُّها حُرَّةً – وكذا لو شرَطَها حُرَّةً فبانَتْ أَمَةً – فأصابَها وولَدَتْ مِنه ، فالوَلَدُ حُرٌّ ، ويفْدِيهم بمِثْلِهم يومَ وِلادَتِهم ، ويرْجِعُ [٣٠/٣ظ] بذلك على مَن غرَّه ، ويُفَرَّقُ بينَهما إنْ لم يَكُنْ ممَّن يجوزُ له نكاحُ الإماءِ ، وإنْ كان ممَّن يجوزُ له ذلك ، فله الخِيارُ ، فإنْ رَضِيَ بالمُقامِ معها ، فما ولَدَتْ بعدَ ذلك ، فهو رَقِيقٌ . اعْلَمْ أنَّه إذا تزوَّجَ أَمَةً يظُنُّها حُرَّةً ، أو شرَطَها حُرَّةً – واعْتَبَرَ فى « المُسْتَوْعِبِ » مُقارنَةَ الشَّرْطِ للعَقْدِ ، واخْتارَه قبلَه القاضى – فبانَتْ أَمَةً ، فلا

الشرح الكبير

أحَدُها ، أنَّ النِّكاحَ لا يَفْسُدُ بالغُرُورِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ . وقال الشافعيُّ فى أحدِ قَوْلَيْه : يَفْسُدُ ؛ لأنَّه عَقَدَ على حُرَّةٍ ، و لم تُوجَدْ ، فأشْبَهَ ما لو قال : بِعْتُكَ هذا الفَرَسَ . فإذا هو حمارٌ . ولَنا ، أنَّ المَعْقُودَ عليه فى النِّكاحِ الشَّخْصُ دُونَ الصِّفاتِ ، فلا يُؤَثِّرُ عَدَمُها فى صِحَّتِه ، كما لو قال : زَوَّجْتُكَ هذه الحسناءَ . فإذا هى شَوْهاءُ[1] . وكذا نقولُ فى الأصلِ الذى ذَكَرُوه : إنَّ العَقْدَ صَحِيحٌ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه العَيْنُ المُشارُ إليها . وإن سَلَّمْنا ، فالفَرْقُ بينَهما مِن وَجْهَيْن ؛ أَحَدُهما ، أنَّ ثَمَّ فاتتِ[2] الذاتُ ، فإنَّ ذاتَ الفَرَسِ غيرُ ذاتِ الحمارِ ، وهٰهُنا اخْتَلَفَا فى الصِّفَاتِ . والثانى ، أنَّ البَيْعَ يُؤَثِّرُ فيه فَواتُ الصِّفاتِ ، بدَليلِ أنَّه يُرَدُّ بفَواتِ أىِّ شىءٍ كان فيه نَفْعٌ منها ، والنِّكاحُ بخِلافِه .

الإنصاف

يخْلُو ؛ إمَّا أنْ يكونَ ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ أو لا ؛ فإنْ كان ممَّن لا يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، فالمذهبُ أنَّ النِّكاحَ باطِلٌ ، كما لو عَلِمَ بذلك . وعليه الأصحابُ ، وقطَعُوا به . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : وعندَ أبى بَكْرٍ يصِحُّ ، فلا خِيارَ . واعْلَمْ أنَّ قوْلَ أبى بَكْرٍ ، إنَّما حُكِىَ عنه فيما إذا شرَطَها أَمَةً ، فبانَتْ حُرَّةً ، كما تقدَّم . وذكَر القاضى فى « الجامِعِ » ، أنَّه قِياسُ قوْلِه : فيما إذا شرَطَها كِتابِيَّةً ، فبانَتْ مُسْلِمَةً . ثم فرَّق بينَهما . فالذى نَقْطَعُ به ، أنَّ نَقْلَ صاحِبِ « الفُروعِ » هنا عن أبى بَكْرٍ ، إمَّا سَهْوٌ ، أو يكونُ هنا نقْصٌ . وهو أوْلَى ، ويدُلُّ على ذلك ، أنَّه قال بعدَه : وبَناه فى « الواضِحِ » على الخِلافِ فى الكَفاءَةِ . فهذا لا يُلائِمُ المَسْأَلَةَ . واللهُ أعلمُ . وإنْ

---

(1) فى م : « سوداء » .

(2) فى م : « الفائت » .

الشرح الكبير

الفصل الثانى : أنَّ أوْلادَه منها أحْرارٌ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّه اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَها ، فكان وَلَدُه أحرارًا ؛ لاعْتِقادِه[1] ما يَقْتَضِي حُرِّيَّتَهُم ، كما لو اشْتَرَى جارِيَةً يَظُنُّها مِلْكًا لبائِعِها ، فبانت مَغْصُوبَةً بعدَ أن أوْلَدَها .

الإنصاف

كان ممَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، فله الخِيارُ ، كما قال المُصَنِّفُ . وظاهِرُه وظاهِرُ كلامِ جماعَةٍ إطْلاقُ الظَّنِّ ، فيدْخلُ فيه ظَنُّه أنَّها حُرَّةُ الأصْلِ أو عتِيقَةٌ . وقطَع فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم ، أنَّه لا خِيارَ له ، إذا ظَنَّها عَتِيقَةً . وهذا المذهبُ ، ولعَلَّه مُرادُ مَن أطْلَقَ . وظاهِرُ كلامِ الزَّرْكَشِىِّ ، التَّنافِى بينَ العِبارتَيْن . وقدَّم فى « التَّرْغيبِ » ، أنَّه لو ظَنَّها حُرَّةً لا خِيارَ له . وقيل : لا خِيارَ لعَبْدٍ . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : لا فَسْخَ مُطْلَقًا . حَكاه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . فإذا اخْتارَ المُقامَ تَقَرَّرَ عليه المَهْرُ المُسَمَّى كامِلًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : ينْسِبُ قَدْرَ مَهْرِ المِثْلِ إلى مَهْرِ المِثْلِ كامِلًا ، فيكونُ له بقَدْرِ نِسْبَتِه مِنَ المُسَمَّى ، يرْجِعُ به على مَن غرَّه .

فائدة : لو أُبِيحَ للحُرِّ نِكاحُ أمَةٍ ، فنَكَحَها ، ولم يشْرِطْ حُرِّيَّةَ أوْلادِه ، فهم أرِقَّاءُ لسيِّدِها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، أنَّ وَلَدَ العَرَبِىِّ يكونُ حُرًّا ، وعلى أبيه فِداؤُه . ذكَرَه الزَّرْكَشِىُّ فى آخرِ كِتابِ النَّفَقاتِ على الأقارِبِ . وإنْ شَرَطَ حُرِّيَّةَ الوَلَدِ ، فقال فى « الرَّوْضَةِ » ، فى إرْثِ غُرَّةِ الجَنِينِ : إنْ شرَطَ زَوْجُ الأمَةِ حُرِّيَّةَ الوَلَدِ ، كان حُرًّا ، وإنْ لم يشْرِطْ ، فهو عَبْدٌ . انتهى . ذكَرَه فى « الفُروعِ » ، فى أواخرِ بابِ مَقادِيرِ دِياتِ النَّفْسِ . قال ابنُ القَيِّمِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى « إعْلامِ المُوَقِّعِينَ » ، فى الجُزْءِ الثَّالثِ فى الحِيَلِ : المِثالُ الثَّالثُ

---

(1) فى م : « كاعتقاده » .

الشرح الكبير

الفصل الثالث : أنَّ على الزَّوْجِ فِداءَ أوْلادِه . كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ . وهو قولُ مالكٍ ، والثَّوْرِىِّ ، والشافعىِّ ، وأبى ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْىِ . وعن أحمدَ رِوايةٌ أُخْرَى ، ليس عليه فِدَاؤُهُم ؛ لأنَّ الوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرَّ الأصْلِ ، فلم يَضْمَنْه لسَيِّدِ الأمَةِ[1] ؛ لأنه لم يَمْلِكْه . وعنه أنَّه يُقالُ له : [2]افْتَدِ أوْلادَكَ[2] ، وإلَّا فهم يَتْبَعُونَ الأُمَّ . فظاهِرُ هذا أنَّه خَيَّرَه بينَ فِدَائِهِم وبينَ تَرْكِهِم رَقِيقًا ؛ لأنَّهم رَقِيقٌ بحُكْمِ الأصْلِ ، فلم يَلْزَمْه فِداؤُهم ، كما لو وَطِئَها وهو يَعْلَمُ رِقَّها . قال الخَلَّالُ :

الإنصاف

والسَّبْعُون ، إذا شرَطَ الزَّوْجُ على السَّيِّدِ حُرِّيَّةَ أوْلادِه ، صحَّ ، وما وَلَدَتْه ، فهم أحْرارٌ .

قوله : والوَلَدُ حُرٌّ . هذا المذهبُ ، وعليه الأصحابُ ، وقالُوا : ينْعَقِدُ حُرًّا باعْتِقادِه . قال ابنُ عَقِيلٍ : ينْعَقِدُ حُرًّا ، كما ينْعَقِدُ وَلَدُ القُرَشِىِّ قُرَشِيًّا . وعنه ، الوَلَدُ بدُونِ الفِداءِ رقيقٌ .

قوله : ويفْدِيهم . هذا المذهبُ . قالَه فى « المُغْنِى » وغيرِه . قال الشَّارِحُ : وهو الصَّحيحُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الفُروعِ » وغيرِه . وعنه ، لا يَلْزَمُه فِداؤُهم . قال الزَّرْكَشِىُّ : نقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، لا فِداءَ عليه ؛ لانْعِقادِ الوَلَدِ حُرًّا . وعنه ، أنَّه يُقالُ له : افْتَدِ أوْلادَك ، وإلَّا فهم يتْبَعُون الأُمَّ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فظاهِرُ هذا أنَّه خيَّرَه بينَ فِدائِهم وبينَ تَرْكِهم رقيقًا . فعلى المذهبِ ، يفْدِيهم بقِيمَتِهم . على الصَّحيحِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ،

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « افتداء أولاده » .

الشرح الكبير

اتُّفِقَ عن أبى عبدِ اللهِ أنَّه يَفْدِى وَلَدَه ، [١٣٢/٦و] وقال إسحاقُ عنه فى موضعٍ : إنَّ الوَلَدَ له ، وليس عليه أن يَفْدِيَهُم . وأحْسَبُه قولًا أوَّلَ لأبى عبدِ اللهِ . والصَّحيحُ أنَّ عليه فِداءَهم ؛ لقَضاءِ الصحابةِ به ، ولأنَّه نماءُ الأمَةِ المَمْلُوكَةِ ، فَسبيلُه أن يكونَ مَمْلُوكًا لمالِكِها ، وقد فوَّتَ رِقَّه باعْتِقادِ الحُرِّيَّةِ ، فلَزِمَه ضَمانُهم ، كما لو فوَّتَ رِقَّهُم بفِعْلِه . وفى فِدائِهم ثلاثُ مَسائلَ ؛ الأُولَى ، فى وَقْتِه ، وذلك حينَ وَضْعِ الوَلَدِ . قَضَى بذلك عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ . وهو قولُ الشافعىِّ . وقال أبو بكرٍ ، والثَّوْرِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ : يَضْمَنُهُم بقِيمَتِهم يومَ الخُصُومَةِ ؛ لأنَّه إنَّما يَضْمَنُهم بالمَنْعِ ، ولم يمْنَعْهُم إلَّا حالَ الخُصُومَةِ . ولَنا ، أنَّه مَحْكُومٌ بحُرِّيَّتِه عندَ الوَضْعِ ، فوَجَبَ أن يَضْمَنَه حِينَئِذٍ ؛ لأنَّه فات رِقُّه من حِينئذٍ ، ولأنَّ القِيمَةَ التى تَزِيدُ بعدَ الوَضْعِ لم تكُنْ مَمْلُوكَةً لمالِكِ الأمَةِ ، فلم يَضْمَنْها ، كما بعدَ الخُصُومةِ . فإن قِيلَ : فقد كان مَحْكُومًا بحُرِّيَّتِه وهو [(١)] حِينَ العُلُوقِ [(١)] . قُلْنا : إنَّه لم يُمْكِنْ [(٢)] تَضْمِينُه حينَئذٍ ؛ لعَدَمِ قِيمَتِه والاطِّلاعِ عليه ، فأوْجَبْنا ضَمانَه فى أوَّلِ حالٍ أمْكَنَ تَضْمِينُه ، وهو حالُ الوَضْعِ .

الإنصاف

وصاحِبُ « التَّلْخيصِ » ، وابنُ مُنَجَّى . وقدَّمه فى « الفُروعِ » فى بابِ الغَصْبِ ؛ لأنَّه أحالَه عليه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » . وعنه ، يفْدِيهم بمِثْلِهم فى القِيمَةِ . قدَّمه فى « الفائقِ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ . قالَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ويحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ هنا . وعنه ، يضْمَنُهم بأيِّهما شاءَ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « المُقْنِعِ » .

(١ - ١) فى م : « جنين » .

(٢) فى النسختين : « يكن » . وانظر المغنى ٤٤٢/٩ .

الشرح الكبير

المسألةُ الثانيةُ ، فى صِفَةِ الفِداءِ ، وفيها ثلاثُ رِواياتٍ ؛ إحْداهُنَّ ، بقِيمَتِهم . وهو قولُ أكثرِ الفقهاءِ ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « مَنْ أعْتَقَ شِقْصًا مِنْ عَبْدٍ ، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيب شَرِيكِهِ »[1] . ولأنَّ الحَيَوانَ مِن المُتَقَوَّماتِ ، لا مِن ذَواتِ الأمْثالِ ، فيَجبُ ضَمانُه بقِيمَتِه ، كما لو أتْلَفَه . والثانيةُ ، يَضْمَنُهُم بمِثْلِهِم عَبِيدًا ، الذَّكَرُ بذَكَرٍ ، والأُنْثَى بأُنْثَى ؛ لِما رَوَى سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، قال : أَبَقَتْ[2] جارِيَةٌ لرجلٍ مِن العَرَبِ ، وانْتَمَتْ إلى بعضِ العَرَبِ ، فتَزَوَّجَها رجلٌ مِن بَنِى عُذْرَةَ ، ثم إنَّ سَيِّدَها دَبَّ ، فاسْتاقَها واسْتَاقَ وَلَدَها ، فاخْتَصَمُوا إلى عمرَ بنِ الخَطَّابِ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فقَضَى للعُذْرِىِّ بفِداءِ وَلَدِه بغُرَّةٍ[3] غُرَّةٍ ؛ مَكانَ كلِّ غُلامٍ بغُلامٍ ، ومَكانَ كلِّ جارِيةٍ بجارِيةٍ ، وكان عمرُ يُقَوِّمُ الغُرَّةَ على أهلِ القُرَى ومَن لم يَجِدْ غُرَّةً سِتِّينَ دِينارًا . ولأنَّ وَلَدَ المَغْرُورِ حُرٌّ ، فلا يُضْمَنُ بقِيمَتِه ، كسائرِ الأحْرارِ . فعلى هذه الرِّوايةِ ، يَنْبَغِى أن يُنْظَرَ إلى مِثْلِهِم فى الصِّفاتِ

الإنصاف

وعنه ، يفْدِيهم بمِثْلِهم فى صِفاتِهم تقْرِيبًا . اخْتارَه الخِرَقِىُّ ، والقاضى ، وأصحابُه . قال ابنُ مُنَجَّى فى « شَرْحِه » : هذا المذهبُ . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ هنا ، والخِلافُ هنا كالخِلافِ المذْكورِ فى بابِ الغَصْبِ ، فيما إذا اشْتَرَى [٣١/٣و] الجارِيَةَ مِنَ الغاصِبِ ، أو وهَبَها له ، ووَطِئَها وهو غيرُ عالمٍ ، فإنَّ الأصحابَ أحالُوه عليه .

---

(١) تقدم تخريجه فى ٢٥٩/١٥ .

(٢) فى م : « بعث » .

(٣) فى م : « يعنى » .

الشرح الكبير

تقريبًا ؛ لأنَّ الحَيَوانَ ليس مِن ذَواتِ الأمْثالِ . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ مِثْلُهُم فى القِيمَةِ . وهو قولُ أبى بكرٍ . والثالثةُ ، هو مُخَيَّرٌ بينَ فِدائِهم بِمِثْلِهِم أو قِيمَتِهِم . قال أحمدُ فى روايةِ المَيْمُونِىِّ : إمَّا القِيمَةُ أو رَأْسٌ برَأْسٍ ؛ لأنَّهما جميعًا يُرْوَيان عن عمرَ ، ولكن لا أَدْرِى أىُّ الإسْنادَيْن أقْوَى . وهذا اختيارُ أبى بكرٍ . قال فى « المُقْنِعِ » : الفِدْيَةُ غُرَّةٌ بقَدْرِ القِيمةِ ، أو القِيمةُ ، وأيُّهما أعْطَى أجْزَأَ . ووَجْهُ ذلك أنَّه تَرَدَّدَ بينَ الجَنِينِ الذى يُضْمَنُ بغُرَّةٍ ، وبينَ إلْحاقِه بغيرِه[1] مِن المَضْموناتِ ، فاقْتَضَى التَّخْيِيرَ بينَهما . والصحيحُ أنَّه يُضْمَنُ بالقِيمَةِ ، كسائرِ المَضْمُوناتِ المُتَقَوَّماتِ . وقولُ عمرَ قد اخْتُلِفَ عنه فيه ، قال أحمدُ فى روايةِ [٦/١٣٢ظ] أبى طالبٍ : وعليه قِيمَتُهُم ، مثل قولِ عمرَ . وإذا تعارَضَتِ الرِّواياتُ عنه ، وَجَب الرُّجُوعُ إلى القِياسِ .

المسألة الثالثة[2] : فى مَن يُضْمَنُ منهم ، وهو[3] مَن وُلِدَ حَيًّا فى وَقْتٍ يعيشُ لِمِثْلِه ، سَواءٌ عاش أو مات بعدَ ذلك . وقال مالكٌ ، والثَّوْرِىُّ ،

الإنصاف

قوله : يومَ وِلادَتِهم . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وعنه ، وَقْتَ الخُصومَةِ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، لا يضْمَنُ منهم إلَّا مَن وُلِدَ حَيًّا فى وَقْتٍ يعيشُ لِمِثْلِه ، [4]سواءٌ عاشَ[4] أو ماتَ بعدَ ذلك . الثَّانيةُ ، وَلَدُ المُكاتَبَةِ مُكاتَبٌ ، ويغْرَمُ أبوه

---

(١) فى م : « بغرة » .

(٢) فى الأصل : « الثانية » .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : لا ضَمانَ على الأبِ لِمَن ماتَ منهم قبلَ الخُصُومَةِ . وهذا يَنْبَنِى على وَقْتِ الضَّمانِ[1] ، وقد ذكَرْناه . فأمَّا السَّقْطُ ومَن وُلِدَ لوَقْتٍ لا يَعِيشُ [2]فى مِثْلِه[2] ، وهو دون سِتَّةِ أشْهُرٍ ، فلا ضَمانَ له ؛ لأنَّه لا قِيمَةَ له .

فصل فى المَهْرِ : ولا يَخْلُو أن يكونَ مِمَّن يَجُوزُ له نِكاحُ الإماءِ أو لا ؛ فإن كان مِمَّن يَجُوزُ له ذلك ، وقد نكَحَها نِكاحًا صحيحًا ، فلها المُسَمَّى ، فإن كان لم يدْخُلْ بها واختارَ الفَسْخَ ، فلا مَهْرَ لها ؛ لأنَّ الفَسْخَ لعُذْرٍ مِن جِهَتِها ، فهى كالمَعِيبَةِ يُفْسَخُ نِكاحُها ، وإن كان مِمَّن لا يجوزُ له[3] نِكاحُ الإماءِ ، فالعَقْدُ فاسِدٌ مِن أصْلِه ، ولا مَهْرَ فيه إن كان قبلَ الدُّخولِ ، فإن دَخَل بها ، فعليه مَهْرُها . وهل يَجِبُ المُسَمَّى أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على روايتَيْن ، يُذْكَران فى الواجِبِ فى النِّكاحِ الفاسدِ ، إن شاء اللهُ تعالى . وكذلك إن كان مِمَّن يجوزُ له نِكاحُ الإماءِ ، لكن تَزَوَّجَها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو نحو ذلك ممّا يَفْسُدُ به النِّكاحُ .

الإنصاف

قِيمَتَه ، على الصَّحيحِ مِنَ الرِّوايتَيْن . والمُعْتَقُ بعضُها ، يجِبُ لها البعضُ فيسْقُطُ ، وولَدُها يغْرَمُ أبُوه قَدْرَ رِقِّه .

تنبيه : قولُه : فبانَتْ أَمَةً . يعْنِى ، بالبَيِّنَةِ لا غيرُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى م : « لمثله » .

(٣) فى م : « لهم » .

الشرح الكبير

الفصل الرابع : أنَّه يَرْجِعُ بما غَرِمَه على مَن غَرَّه ، مِن المَهْرِ وقِيمةِ الأوْلادِ . وهو اخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، وروايةٌ عن أحمدَ . قال ابنُ المُنْذِرِ : كذلك قَضَى عمرُ ، وعلىٌّ ، وابنُ عباسٍ ، وبه قال الشافعىُّ فى القديم . وفيه رِوايةٌ أُخْرَى ، لا يَرْجِعُ بالمَهْرِ . اخْتارَه أبو بكرٍ ، قال[1] : وهو قولُ علىٍّ . وبه قال الثَّوْرِىُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ، والشافعىُّ فى الجديدِ ؛ لأنَّه وَجَب عليه فى مُقابَلةِ نَفْعٍ وَصَل إليه ، وهو الوطءُ ، فلم يَرْجِعْ به ، كما لو اشْتَرَى مَغْصُوبًا فأكَلَه ، بخِلافِ قِيمةِ الوَلَدِ ، فإنَّه لم يَحْصُلْ فى مُقَابَلتِه عِوَضٌ ؛ لأنَّها وَجَبَتْ بحُرِّيَّةِ الوَلَدِ ، وحُرِّيَّةُ الولدِ له لا لأبيه . وقال القاضى : الأظْهَرُ أنَّه[2] يَرْجِعُ بالمَهْرِ ؛ لأنَّ أحمدَ قال : كنتُ أذهبُ إلى حديثِ علىٍّ ، ثم إنِّى هِبْتُه ، وكأنِّى أمِيلُ إلى حديثِ عمرَ . يعنى فى الرُّجُوعِ . ولأنَّ العاقِدَ ضَمِن له سلامَةَ الوَطْءِ ، كما ضَمِن له سلامةَ الوَلَدِ ، فكما يَرْجِعُ عليه بقِيمَةِ الوَلَدِ كذلك يَرْجِعُ بالمَهْرِ . قال : وعلى

الإنصاف

وقيل : وبإقْرارِها أيضًا .

---

(1) سقط من : الأصل .

(2) بعده فى م : « لم » . والمثبت من الأصل ، وهو موافق لما فى المغنى ٤٤٥/٩ ، والمبدع ٩٣/٧ . وما فى المطبوعة موافق لما ذكره فى الإنصاف ، والمسألة فى الإنصاف فيها خلاف عما أثبتناه..

وانظر لحديث عمر فى الرجوع ، ما أخرجه الإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الصداق والحباء ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٢٦/٢ . والإمام الشافعى، فى: باب فى العيب بالمنكوحة، من كتاب النكاح . الأم ٧٥/٥ . وعبد الرزاق، فى: المصنف ٢٤٤/٦ . وسعيد، فى: سننه ٢١٢/١ . والبيهقى، فى : السنن الكبرى ٢١٤/٧ ، ٢١٩ .

وانظر لحديث على فى الرجوع أيضا ما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢١٩/٧ . وانظر معرفة السنن والآثار ٣٥٦/٥ .

وفى عدم الرجوع ما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢١٥/٧ .

الشرح الكبير

هذا الأصلِ يَرْجِعُ بأُجْرةِ الخِدْمَةِ إذا غرِمَها . قال شيخُنا[1] : ولا أعْرِفُ عن أصحابِنا بينَهما فَرْقًا . إذا ثَبَت هذا ، وكان الغُرُورُ مِن السَّيِّدِ ، عَتَقَتْ ، وإن كان بلَفْظٍ غيرِ هذا لم تَثْبُتْ به الحُرِّيَّةُ ، فلا شيءَ له ؛ لأنَّه لا فائدةَ فى أن يَجِبَ له ما يَرْجِعُ به عليه . وإن كان الغرورُ مِن وَكِيلِه ، رَجَع عليه فى الحالِ ، وكذلك إن كان مِن أجنبىٍّ . وإن كان منها ، فليس لها فى الحالِ مالٌ ، فيُخَرَّجُ فيها وَجْهان ، بِناءً على دَيْنِ العبدِ بغيرِ [٦/١٣٣و] إذْنِ سَيِّدِه ، هل يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه ، أو بذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ؟ قال القاضِى : قِياسُ قولِ الخِرَقِىِّ أنَّه يَتَعَلَّقُ بذِمَّتِها ؛ لأنَّه قال فى الأمَةِ إذا خالَعَتْ زَوْجَها [2]بغيرِ إذْنِ[2] سَيِّدِها : يَتْبَعُها به إذا عَتَقَتْ . كذا هٰهُنا ، ويَتْبَعُها[3] بجَمِيعِه . وظاهرُ كلامِ أحمدَ أنَّ الغُرُورَ إذا كان مِن الأمَةِ ، لم يَرْجِعْ على أحدٍ ؛ فإنَّه قال ، إذا جاءتِ الأمَةُ[4] فقالت : إنِّى حُرَّةٌ . فولَّتْ أمْرَها رجلًا ، فزَوَّجَها [5]مِن رجلٍ ، ثم ظَهَر عليها مَوْلاها ، قال : فِكاكُ وَلَدِه على الأبِ ؛ لأنَّه لم يَغُرَّه أحَدٌ . أمّا إذا غَرَّه رجلٌ فزَوَّجَها[5] على أنها حُرَّةٌ ، فالفِداءُ على مَن غَرَّه . يُرْوَى هذا عن علىٍّ ، وإبراهيمَ ، وحَمَّادٍ . وكذلك قال الشَّعْبِىُّ . وإن قُلْنا : يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِها[6] . فالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بينَ فِدائِها

الإنصاف ....

(١) فى : المغنى ٩/٤٤٥ .

(٢ - ٢) فى م : « بإذن » .

(٣) فى الأصل : « يبيعها » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) سقط من : م .

(٦) فى م : « بها » .

الشرح الكبير

بِقِيمَتِها إن كانت أَقَلَّ ممَّا يَرْجِعُ به عليها ، أو يُسَلِّمُها[1] ، فإنِ اخْتارَ فِداءَها بقِيمَتِها ، سَقَط قَدْرُ ذلك عن الزَّوْجِ ، فإنَّه لا فائدةَ فى أن يُوجِبَه عليه ثم يَرُدَّه إليه . وإنِ اختارَ تَسْلِيمَها ، سَلَّمَها وأخَذَ ما وَجَب له . وذَكَر القاضى أنَّ الغُرُورَ المُوجِبَ للرُّجُوعِ ، أن يكونَ اشْتِراطُ الحُرِّيَّةِ مُقارِنًا للعَقْدِ ، فيقولَ : زَوَّجْتُكَها على أنها حُرَّةٌ . وإن لم يَكُنْ كذلك ، لم يَمْلِكِ الفَسْخَ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . والصحيحُ خِلافُ هذا ، فإنَّ الصحابةَ الذين قَضَوْا بالرُّجُوعِ لم يُفَرِّقُوا بينَ أنواعِ الغُرُورِ ، ولم يَسْتَفْصِلُوا ، والظَّاهِرُ أنَّ العَقْدَ لم يَقَعْ هكذا ، ولم تَجْرِ به العادةُ فى العُقُودِ ، ولا يجوزُ حَمْلُ[2] قَضَائِهِم[3] المُطْلَقِ على صُورةٍ نادرةٍ لم تُنْقَلْ ، ولأنَّ الغرورَ[4] قد يكونُ مِن المرأةِ ، ولا لَفْظَ لها فى العَقْدِ ، ولأنَّه متى أخْبَرَه بحُرِّيَّتِها أو أوْهَمَه ذلك بقَرائِنَ تُغَلِّبُ على ظَنِّه حُرِّيَّتَها ، فنَكَحَها على ذلك ، ورَغِب فيها ، وأصْدَقَها صَداقَ الحَرائِرِ ، ثم لَزِمَه الغُرْمُ ، فقد اسْتَضَرَّ بناءً على قولِ المُخْبِرِ له والغَارِّ ، فتَجِبُ إزالَةُ الضَّرَرِ عنه بإثْباتِ الرُّجُوعِ على مَن غَرَّه وأضَرَّ به . فعلى هذا ، إن كان الغُرُورُ مِن اثْنَيْن أو أكْثَرَ ، فالرُّجُوعُ على جَميعِهِم ، وإن كان الغُرُورُ منها ومِن الوَكِيلِ ، فعلى كلِّ واحدٍ منهما نِصْفُه .

الفصل الخامس : أنَّه إن كان الزَّوْجُ مِمَّن يَحْرُمُ عليه نِكاحُ الإِمَاءِ ،

(1) فى م : « تسليمها » .

(2) سقط من : م .

(3) فى الأصل : « قضاياهم بهم » .

(4) فى م : « الغرر » .

الشرح الكبير

فإنَّه يُفرَّقُ بينَهما ؛ لأنَّنا تَبيَّنَّا أنَّ النكاحَ فاسدٌ مِن أصْلِه ؛ لعَدَمِ شَرْطِه . وهكذا إن كان تَزْوِيجُها بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها ، أو اخْتَلَّ شرطٌ مِن شُرُوطِ النِّكاحِ ، فهو فاسدٌ ، يُفَرَّقُ بينهما . والحكمُ فى الرُّجُوعِ على ما ذَكَرْنا . وإن كان مِمَّن يجوزُ له نِكاحُ الإمَاءِ ، وكانتِ الشَّرائِطُ مُجْتَمِعَةً ، فالعَقْدُ صحيحٌ ، وللزَّوْجِ الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والمُقامِ على النِّكاحِ . وهذا معنى قولِ الخِرَقِىِّ ، وظاهِرُ مذهبِ الشافعىِّ . وقال أبو حنيفةَ : لا خِيارَ له ؛ لأنَّ الكَفاءَةَ غيرُ مُعْتَبَرَةٍ فى جانبِ المرأةِ ، ولأنَّه يَمْلِكُ الطَّلاقَ ، فيُسْتَغْنى به [١٣٣/٦ظ] عن الفَسْخِ . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ غُرَّ فيه أحدُ الزَّوْجَيْنِ بحُرِّيَّةِ الآخَرِ ، فيَثْبُتُ له الخيارُ كالآخَرِ ، ولأنَّ الكَفاءةَ وإن لم تُعْتَبَرْ ، فإنَّ عليه ضَرَرًا فى اسْتِرْقاقِ وَلَدِه ورِقِّ امْرَأَتِه ، وذلك أعْظَمُ مِن فَقْدِ الكَفاءةِ . فأمَّا الطَّلاقُ فلا يَنْدَفِعُ به الضَّرَرُ ؛ فإنَّه يُسْقِطُ نِصْفَ المُسَمَّى ، والفَسْخُ يُسْقِطُ جَميعَه . فإذا فَسَخ قبلَ الدُّخولِ فلا مَهْرَ لها ، وإن رَضِىَ بالمُقامِ معها ، فله ذلك ؛ لأنَّه يَحِلُّ له نِكاحُ الإمَاءِ ، وما وَلَدَتْ بعدَ ذلك فهو رَقيقٌ لسَيِّدِها ؛ لأنَّ المانِعَ مِن رِقِّهِم فى الغُرُورِ اعْتِقادُ الزَّوْجِ حُرِّيَّتَها ، وقد زال ذلك بالعِلْمِ . ولو وَطِئَها قبلَ العِلْمِ فعَلِقَتْ منه ، ثم عَلِم قبلَ الوَضْعِ ، فهو حُرٌّ ؛ لأنَّه وَطِئَها مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَها .

فصل : والحكمُ فى المُدَبَّرَةِ وأُمِّ الوَلَدِ (١)والمُعْتَقَةِ بصِفَةٍ(١) ، كالأمَةِ

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « والمعتق نصفها » .

الشرح الكبير

القِنِّ ؛ لأنَّها ناقِصَةٌ بالرِّقِّ ، إلَّا أنَّ وَلَدَ أُمِّ الوَلَدِ[١] يُقَوَّمُ كأنَّه عَبْدٌ له حُكْمُ أُمِّه ، وكذلك مَن أُعْتِقَ بعضُها ، إلَّا أنَّه إذا فَدَى الوَلَدَ ، لم يَلْزَمْه إلَّا فِداءُ ما فيه مِن الرِّقِّ ؛ لأنَّ بَقِيَّتَه حُرٌّ بحُرِّيَّةِ أُمِّه ، لا باعْتِقادِ الوَاطِئِ . فإن كانت مُكاتَبَةً ، فكذلك ، إلَّا أنَّ مَهْرَها لها ؛ لأنَّه مِن كَسْبِها ، وكَسْبُها لها ، وتَجِبُ قِيمَةُ وَلَدِها على الرِّوايةِ المشهورةِ . قال أبو بكرٍ : ويكونُ ذلك تَسْتَعِينُ به فى كِتابَتِها . فإن كان الغُرُورُ منها ، فلا شيءَ لها ، إذ لا فائدةَ فى إيجابِ شيءٍ[٢] لها يَرْجِعُ به عليها ، وإن كان الغُرُورُ مِن غيرِها ، غَرِمَه لها ، ورَجَع به على مَن غَرَّه .

فصل : ولا يَثْبُتُ أنَّها أمَةٌ بمُجَرَّدِ الدَّعْوَى ، ويَثْبُتُ بالبَيِّنَةِ . فإن أقَرَّتْ أنَّها أمَةٌ ، فقال أحمدُ فى رِوايةِ أبى الحارِثِ : لا يَسْتَحِقُّها بإقْرارِها ؛ لأنَّ إقْرارَها يُزِيلُ النِّكاحَ عنها ، ويُثْبِتُ حَقًّا على غيرِها ، فلم يُقْبَلْ ، كإقْرارِها بمالٍ على غيرِها . وقال فى رِوايةِ حَنْبَلٍ : لا شيءَ حتى تَثْبُتَ له ، أو تُقِرَّ هى أنَّها أمَتُه . فظاهِرُ هذا أنَّه يُقْبَلُ إقْرارُها ؛ لأنَّها مُقِرَّةٌ على نَفْسِها بالرِّقِّ ، أشْبَهَ غيرَ الزَّوْجَةِ . والأوَّلُ أوْلَى . ولا نُسَلِّمُ أنَّه يُقْبَلُ مِن غيرِ ذاتِ الزَّوْجِ إقْرارُها بالرِّقِّ بعدَ إقْرارِها بالحُرِّيَّةِ ؛ لأنَّها أقَرَّتْ بما يَتَعَلَّقُ به حَقُّ اللهِ تعالى .

فصل : فإن حَمَلَتِ المَغْرُورُ بها ، فضَرَبَها ضارِبٌ فألْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا ،

(١) بعده فى المغنى ٩/٤٤٧ : « والمدبرة » .

(٢) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُهُ أَحْرَارٌ ، [٢٠٨ظ] وَيَفْدِيهِمْ إِذَا عَتَقَ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ .

الشرح الكبير فعلى الضاربِ غُرَّةٌ ؛ لأنَّه محكومٌ بحُرِّيَّتِه ، ويَرِثُها وَرَثَتُه[1] . فإن كان الضاربُ أباه ، لم يَرِثْه . ولا يَجِبُ بَدَلُ[2] هذا الولدِ[3] للسَّيِّدِ ؛ لأنَّه إنَّما يَسْتَحِقُّ بَدَلَ[2] حَيٍّ ، وهذا مَيِّتٌ . ويَحْتَمِلُ أن يَجِبَ له عُشْرُ قِيمَةِ أُمِّهِ ؛ لأنَّ الواطئَ فَوَّتَ ذلك عليه [4]باعْتِقادِ الحُرِّيَّةِ ، ولَوْلاه لَوَجَبَ ذلك له[4] .

فصل : ويَثْبُتُ له الخِيارُ إذا ظَنَّها حُرَّةً فبانَتْ أَمَةً ، كما إذا شَرَط ذلك . وقال الشافعيُّ : لا خِيارَ له . [٦/١٣٤و] ووافَقَنا[5] فيما إذا ظَنَّ أنَّها مُسْلِمَةٌ فبانَتْ كافِرَةً ، أنه يَثْبُتُ له الخِيارُ . وقال بَعْضُهم : فيهما[6] جميعًا قَوْلان . ولَنا ، أنَّ نَقْصَ الرِّقِّ أعْظَمُ ضَرَرًا ، فإنه يُؤَثِّرُ فى رِقِّ وَلَدِه ، ومَنْعِ كَمالِ اسْتِمْتاعِه ، فكان له الخِيارُ ، كما لو كانت كافرةً .

٣١٨٣ – مسألة : (وإن كان المَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدُه أحْرارٌ ، ويَفْدِيهم إذا عَتَقَ ، ويَرْجِعُ به على مَن غَرَّه) وجملةُ ذلك ، أنَّ حُكْمَ العبدِ

الإنصاف قوله : وإنْ كان عَبْدًا ، فوَلَدُه أحْرارٌ ، ويفْدِيهم إذا عَتَقَ . فيكونُ الفِداءُ مُتَعَلِّقًا

---

(١) فى الأصل : « ترثه » .

وبعده فى المغنى ٩/٤٤٨ : « من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل » .

(٢) فى م : « بذل » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ – ٤) سقط من : الأصل .

(٥) فى م : « ووافقاه » .

(٦) فى الأصل : « فهما » .

الشرح الكبير

المَغْرُورِ حُكْمُ الحُرِّ فى حُرِّيَّةِ أولادِه . وقال أبو حنيفةَ : وَلَدُه رَقِيقٌ ؛ لأنَّ أبَوَيْه رقِيقٌ . ولا يَصِحُّ ذلك ؛ لأنَّه وَطِئَها مُعْتَقِدًا حُرِّيَّتَها ، فأشْبَهَ الحُرَّ ، فإنَّ هذا هو العِلَّةُ المُقْتَضِيَةُ للحُرِّيَّةِ فى مَحَلِّ الوِفاقِ ، ولولا ذلك لكان رَقِيقًا ، فإنَّ عِلَّةَ رِقِّ الوَلَدِ رِقُّ الأُمِّ خاصَّةً ، ولا عِبْرَةَ بالأبِ ، بدليلِ وَلَدِ الحُرِّ مِن الأمَةِ ، ووَلَدِ الحُرَّةِ مِن العَبْدِ . وعلى العَبْدِ فِداؤُهم ؛ لأنه فَوَّتَ رِقَّهُم باعْتِقادِه وفِعْلِه ، ولا مالَ له فى الحالِ ، فيُخَرَّجُ فى ذلك وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَتَعَلَّقُ برَقَبَتِه كجِنايَتِه . والثانى ، بذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ . وهو قولُ الخِرَقِىِّ ، فيكُونُ بمَنْزِلَةِ الخُلْعِ مِن الأمَةِ إذا بَذَلَتْه بغيرِ إذْنِ سَيِّدِها . ويُفارِقُ الاسْتِدانَةَ والجِنايَةَ ؛ لأنَّه إذا[1] اسْتَدانَ أتْلَفَ مالَ الغَرِيمِ ، فكان جِنايَةً منه ، وههُنا لم يَجْنِ فى الأوْلادِ جِنايَةً ، وإنَّما عَتَقُوا مِن طَرِيقِ الحُكْمِ ، وما حَصَل له[2] منهم عِوَضٌ ، فيكونُ ذلك فى ذِمَّتِه يُتْبَعُ به بعدَ

الإنصاف

بذِمَّتِه . وهو المذهبُ . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » . وقيل : يتعلَّقُ برَقَبَتِه . وهو رِوايَةٌ فى « التَّرْغِيبِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : وهذا هو المُتَوَجَّهُ قوْلًا واحدًا ؛ لأنَّه ضَمانُ[3] جِنايَةٍ مَحْضَةٍ . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وقيل : يتعلَّقُ بكَسْبِه ، فيَرْجِعُ به سيِّدُه فى الحالِ .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « لهم » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

العِتْقِ ، ويَرْجِعُ به حينَ يَغْرَمُه ، فإنَّه لا يَنْبَغِى أن يَجِبَ له بَذْلُ ما لم يَفُتْ[1] عليه ، وأمَّا الحُرِّيَّةُ فتُتَعَجَّلُ فى الحالِ . وإن قُلْنا : إنَّ الفِداءَ يَتَعلَّقُ برَقَبَتِه . وَجَب فى الحالِ ، ويَرْجِعُ به سَيِّدُه فى الحالِ ، ويَثْبُتُ للعبدِ الخِيارُ ، كثُبُوتِه للحُرِّ الذى يَحِلُّ له نِكاحُ الإِمَاءِ ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فى رِقِّ وَلَدِه ، ونقصًا فى اسْتِمْتاعِه ، فإنَّها لا تكونُ عندَه ليلًا ونهارًا ، ولم يَرْضَ به . ويَحْتَمِلُ أن لا يَثْبُتَ له خِيارٌ ؛ لأنَّه فَقَد[2] صِفَةً لا يَنْقُصُ بها عن رُتْبَتِه ، فأشْبَهَ ما لو شَرَط نَسَبَ امرأةٍ[3] فبانَتْ بخِلافِه ؛ لأنَّها مُساوِيَةٌ لنَسَبِه ،

الإنصاف

قوله : ويرْجِعُ بذلك على مَن غرَّه . بلا نِزاعٍ ، كأمْرِه بإتْلافِ مالِ غيرِه بأنَّه له ، فلم يكُنْ له . ذكَرَه فى « الواضِحِ » . لكِن مِن شَرْطِ رُجوعِه على مَن غرَّه ، أنْ يكونَ قد شرَط له أنَّها حُرَّةٌ مُطْلَقًا . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به كثيرٌ منهم . وقيل : إنْ كان الشَّرْطُ مُقارِنًا للعَقْدِ ، رجَع ، وإلَّا فلا . اخْتارَه القاضى ، وقطَع به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، فقال : الشَّرْطُ الثَّالِثُ ، أنْ يشْتَرِطَ حُرِّيَّتَها فى نَفْسِ العَقْدِ ، فأمَّا إنْ تقدَّم ذلك على العَقْدِ ، فهو كما لو تزَوَّجَها مُطْلَقًا مِن غيرِ اشْتِراطِ الحُرِّيَّةِ ، فلا يثْبُتُ له خِيارُ الفَسْخِ . انتهى . وقال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : ويرْجِعُ أيضًا بذلك على مَن غرَّه ، مع إيهامِه بقَرِينَةِ حُرِّيَّتِها . وفى « المُغْنِى »[4] أيضًا : ولو كان الغارُّ أجْنَبِيًّا ، كوَكِيلِها . قال فى « الفُروعِ » : وما ذكَرَه فى « المُغْنِى » ، هو إطْلاقُ نُصوصِه . وقالَه أبو

---

(1) فى م : « يثبت » .

(2) فى م : « نقص » .

(3) فى الأصل : « امرأته » .

(4) ٩/٤٤٥ .

الشرح الكبير

بخِلافِ تَغْرِيرِ الحُرِّ . وقال بعضُ الشافعيةِ : لا خِيارَ له . وقال بعضُهم : فيه قَوْلان . والأَوْلَى ما ذَكَرْناه . وإذا اخْتارَ الإِقامَةَ ، فالمَهْرُ واجِبٌ ، لا يَرْجِعُ به على أحَدٍ ، وإنِ اختارَ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ ، وإن كان بعدَه والنِّكاحُ بإذْنِ سَيِّدِه ، فالمَهْرُ واجِبٌ عليه ، وفى الرُّجُوعِ اخْتِلافٌ ذَكَرْناه فيما مَضَى . وإن كان بغيرِ إذْنِه ، فالنِّكاحُ فاسدٌ . فإن دَخَل بها ، ففى قَدْرِ ما يَجِبُ به وَجْهان ؛ أحدُهما ، مَهْرُ المِثْلِ . والثانى ، الخُمْسانِ . وهل يَرْجِعُ به ؟ على وَجْهين .

الإنصاف

الخَطَّابِ ، وقالَه أيضًا فيما إذا دلَّس غيرُ البائعِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وظاهِرُ كلامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ حَرْبٍ ، يقْتَضِى الرُّجوعَ مع الظَّنِّ . وهو اخْتِيارُ أبى محمدٍ ، وأبى العَبَّاسِ ؛ إذِ الصَّحابَةُ الذين قَضَوْا بالرُّجوعِ لم يسْتَفْصِلُوا ، ويُحَقِّقُ ذلك ، أنَّ الأصحابَ لم يشْترِطُوا ذلك فى الرُّجوعِ فى العَيْبِ . انتهى .

فائدة : لمُسْتَحِقِّ الفِداءِ مُطالَبَةُ الغارِّ ابْتِداءً . نصَّ عليه . وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « الرِّعايَةِ » : قلتُ : كما لو ماتَ عَبْدًا أو عَتِيقًا أو مُفْلِسًا . وجعَل الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، فى المَسْأَلَةِ رِوايتَيْن . قال ابنُ رَجَبٍ : وكذلك أشارَ إليه جَدُّه فى تعْليقَتِه على « الهِدايَةِ » . قال ابنُ رَجَبٍ ، رَحِمَه اللهُ : وهو الأظْهَرُ . ويرْجِعُ هذا إلى أنَّ المَغْرورَ ؛ هل يُطالِبُ ابْتِداءً بما يسْتَقِرُّ ضَمانُه على الغارِّ ، أم لا يُطالِبُ به سِوَى الغارِّ ؟ كما نصَّ عليه فى رِوايَةِ جَماعَةٍ هنا . ومتى قُلْنا : يُخَيَّرُ بينَ مطالَبَةِ الزَّوْجِ والغارِّ . فلا فرْقَ بينَ أنْ يكونَ أحدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا ، أو يكُونا مُوسِرَيْن ، وإنْ قُلْنا : لا يجوزُ سِوَى مُطالَبَةِ الغارِّ ابْتِداءً . وكان الغارُّ مُعْسِرًا والآخَرُ مُوسِرًا ، فهل يُطالِبُ هنا ؟ فيه تردُّدٌ . وقد تُشَبَّهُ المَسْأَلَةُ بما إذا

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف
كان عاقِلَةُ القاتلِ خَطأً ممَّن لا تحمِلُ العَقْلَ ، فهل يحْمِلُ القاتِلُ الدِّيَةَ ، أم لا ؟ انتهى .

تنبيهان ؛ الأَوَّلُ ، سُكوتُ المُصَنِّفِ عن ذِكْرِ المَهْرِ يدُلُّ على أنَّه لا يرْجِعُ به . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . اخْتارَه أبو بَكْرٍ . قال القاضى : الأظْهَرُ أنَّه لا يرْجِعُ ؛ لأنَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، قال : كنتُ أذْهَبُ إلى حديثِ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ثم هِبْتُه ، وكأنِّى[(1)] أمِيلُ إلى حديثِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، فحديثُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، بالرُّجوعِ بالمَهْرِ ، وحديثُ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، بعَدَمِه . والرِّوايَةُ الثَّانيةُ ، يرْجِعُ به أيضًا . اخْتارَه الخِرَقِىُّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : اخْتارَه القاضى ، وأبو محمدٍ، يعْنِى به المُصَنِّفَ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ »، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . قلتُ : وهو المذهبُ . فعلى هذه الرِّوايَةِ ، يجِبُ المَهْرُ المُسَمَّى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وعنه ، مَهْرُ المِثْلِ . اخْتارَه المُصَنِّفُ . ويأْتِى ذلك فى آخرِ كِتابِ الصَّداقِ ، فى النِّكاحِ الفاسِدِ .

الثَّانى ، قوْلُه : ويرْجِعُ بذلك على مَن غرَّه . إنْ كان الغارُّ السَّيِّدَ ، عتَقَتْ إذا أتَى بلَفْظِ الحُرِّيَّةِ ، وزالَتِ المَسْأَلَةُ ، وإنْ كان بغيرِ لَفْظِ الحُرِّيَّةِ ، لم تعْتِقْ ، ولم يجِبْ له شئٌ ؛ إذْ لا فائدَةَ فى وُجوبِ شئٍ له ، و[(2)]يَرْجِعُ به عليه . لكِنْ إنْ قُلْنا : إنَّ الزَّوْجَ لا يرْجِعُ بالمَهْرِ . وَجَبَ للسَّيِّدِ[(3)] ، وإنْ كان الغارُّ الأَمَةَ ، رَجَع عليها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وهو ظاهِرُ كلامِ أكثرِ الأصحابِ . واخْتارَه القاضى

(1) فى الأصل : « وكنت » .
(2) سقط من : الأصل .
(3) فى الأصل : « للسيدة » .

المقنع

وَإِنْ تَزَوَّجَتْ رَجُلًا عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، أَوْ تَظُنُّهُ حُرًّا ، فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

٣١٨٤ – مسألة : (وإن تَزَوَّجَتِ) المرأةُ (عبدًا على أنَّه حُرٌّ ، أو

الإنصاف

وغيرُه . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : لا يرْجِعُ عليها . وأطْلَقَهما الزَّرْكَشِىُّ . نقَل ابنُ الحَكَمِ ، لا يرْجِعُ عليها . قال المُصَنِّفُ : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، لا يرْجِعُ عليها . قال الزَّرْكَشِىُّ : ظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى رِوايَةِ جماعَةٍ ، لا يرْجِعُ عليها . فعلى الأوَّلِ ، هل يتَعلَّقُ بذِمَّتِها ، أو برَقَبَتِها ؟ فيه [٣١/٣ظ] وَجْهان . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، والزَّرْكَشِىُّ : هل يتَعلَّقُ برَقَبَتِها أو بذِمَّتِها ؟ على وَجْهَىِ اسْتِدانَةِ العَبْدِ بدُونِ إذنِ سيِّدِه . وتقدَّم ذلك فى أواخِرِ بابِ الحَجْرِ ، وأنَّ الصَّحيحَ أنَّه يتَعلَّقُ برَقَبَتِه . وقال القاضى : قِياسُ قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، أنَّه يتَعلَّقُ بذِمَّتِها ؛ لأنَّه قال فى الأَمَةِ ، إذا خالَعَتْ زَوْجَها بغيرِ إذْنِ سيِّدِها : يَتْبَعُها به إذا عَتَقَتْ . فكذا هنا . وإنْ كانتِ الغارَّةُ مُكاتَبَةً ، فلا مَهْرَ لها ، فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قالَه فى « الفُروعِ » . وجزَم به فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وإنْ كان الغارُّ أجْنَبِيًّا ، فالصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يرْجِعُ عليه . ونصَّ عليه ، فى رِوايَةِ عبدِ اللهِ ، وصالِحٍ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَعُوا به . وظاهِرُ كلامِ القاضى عدَمُ الرُّجوعِ عليه ؛ فإنَّه قال : الغارُّ وَكِيلُها ، أو هى نفسُها . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وإنْ كان الغارُّ الوَكِيلَ ، رجَع عليه فى الحالِ ، وإنْ كان الغَررُ منها ومِن وَكِيلِها ، فالضَّمانُ بينَهما نِصْفان . قالَه فى « المُسْتَوْعِبِ » وغيرِه . ويأْتِى نظِيرُها فى الغَررِ بالعَيْبِ .

فائدة : قولُه : وإنْ تزوَّجَتْ رَجُلًا على أنَّه حُرٌّ ، أو تظُنُّه حُرًّا ، فبانَ عَبْدًا ، فلها

الشرح الكبير

تَظُنُّه حُرًّا ، فبانَ عَبْدًا ، فلها الخِيارُ) أمّا النِّكاحُ فهو [٦/١٣٤ظ] صحيحٌ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، وأحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ ؛ لأنَّ اخْتِلافَ الصِّفَةِ لا يَمْنَعُ صِحَّةَ العَقْدِ ، كما لو تزوَّجَ أمَةً على أنها حُرَّةٌ . وهذا إذا كَمَلَتْ شُرُوطُ النِّكاحِ ، وكان بإذْنِ سَيِّدِه[١] . وإن كانتِ المرأةُ حُرَّةً ، وقُلْنا : الحُرِّيَّةُ ليست مِن شُرُوطِ الكَفاءةِ . أو[٢] : إنَّ فَقْدَ الكَفاءَةِ لا يُبْطِلُ النِّكاحَ . فهو صحيحٌ ، و[٣]للمرأةِ الخِيارُ بينَ الفَسْخِ والإمْضاءِ ، فإنِ اخْتارَتْ إمْضاءَه[٤] ، فلأَوْلِيائِها الاعْتراضُ عليها ؛ لعَدَمِ الكَفاءَةِ . وإن كانت أمَةً فيَنْبَغِى أن يكونَ لها الخِيارُ أيضًا ؛ لأنَّه لمَّا ثَبَتَ الخِيارُ للعَبْدِ إذا غُرَّ مِن أمَةٍ ، ثَبَت للأَمَةِ إذا غُرَّتْ بعَبْدٍ . وكلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنا بفَسادِ العَقْدِ به فُرِّقَ بينَهما قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ لها ، وإن كان بعدَه فلها مَهْرُ المِثْلِ أو المُسَمَّى ، على ما قَدَّمْنا مِن الاخْتِلافِ . وكلُّ مَوْضِعٍ فُسِخَ النِّكاحُ مع القولِ بصِحَّتِه قبلَ الدُّخُولِ ، فلا شىءَ لها ، وإن كان بعدَه فلها المُسَمَّى ؛ لأنَّه فَسْخٌ طَرَأ على نِكاحٍ[٥] ، فأشْبَهَ الطَّلاقَ .

الإنصاف

الخِيارُ . بلا نِزاعٍ . ونصَّ عليه . ولكِنْ لو شَرَطَتْ صِفَةً غيرَ ذلك ، فبانَ أقَلَّ منها ، فلا خِيارَ لها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لو شرَطَتْه نَسِيبًا لم يُخِلَّ بكَفاءَةٍ فلم تكُنْ ، فلا فَسْخَ لها . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ،

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « و » .

(٣) بعده فى م : « لأن » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى م : « نكاحه » .

المقنع

فَصْلٌ : وَإِنْ عَتَقَتِ الْأَمَةُ وَزَوْجُهَا حُرٌّ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا فِى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، ....

الشرح الكبير

فصل : فإن غرَّها بنَسَبٍ فبانَ دُونَه ، وكان ذلك مُخِلًّا بالكَفاءَةِ ، وقُلْنا بصِحَّةِ النِّكاحِ ، فلها الخِيارُ ، فإنِ اخْتارتِ الإِمْضاءَ ، فلأوْلِيائِها الاعْتِراضُ عليها ، وإن لم يُخِلَّ بالكفاءةِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ليس بمُعْتَبَرٍ فى النِّكاحِ ، فأشْبَهَ ما لو شَرطَتْه فَقِيهًا فبانَ بخِلافِه . وكذلك إنِ اشْتَرَطَتْ غيرَ النَّسَبِ ، فإن كان ممَّا يُعْتَبَرُ فى الكَفاءةِ ، فهو كما لو تَبَيَّنَ أنَّه غيرُ مُكافِئٍ ، لها فى النَّسَبِ ، وإن لم يُعْتَبَرْ فى الكَفاءةِ ، كالفِقْهِ والجَمالِ وأشْباهِ ذلك ، فلا خِيارَ لها ؛ لأنَّ ذلك ممّا لا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ، (1)فلا يُؤَثِّرُ اشْتِراطُه . (2)وذُكِرَ فيما(2) إذا بان نَسَبُه دونَ ما ذَكَرَه ، وَجْهٌ فى ثُبُوتِ الخِيارِ لها(1) وإن لم يُخِلَّ بالكَفاءةِ . والأوْلَى ما ذَكَرْناه .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وإن عَتَقَتِ الأمَةُ وزَوْجُها حُرٌّ ، فلا خِيارَ لها فى ظاهِرِ المذهبِ) هذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسٍ ، وسعيدِ

الإنصاف

و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقيل فى النَّسِيبِ(3) : ولو كان مُماثِلًا لها . وفى « الجامِعِ الكَبِيرِ » : وغرَّه شرْطُ حُرِّيَّةٍ(4) ونَسَبٍ . واخْتارَه الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، كشُروطِه ، وأوْلَى ؛ لمِلْكِه طَلاقَها .

قوله : وإنْ عَتَقَتِ الأَمَةُ وَزَوْجُها حُرٌّ ، فلا خِيارَ لها فى ظاهِرِ المذهبِ . وهو

(1 - 1) سقط من : الأصل .

(2 - 2) فى م : « وذلك أنه » . وانظر المغنى 9/449 .

(3) فى الأصل : « النسب » .

(4) فى الأصل : « وجزم به » .

الشرح الكبير

ابنِ المُسَيَّبِ ، والحسنِ ، وعطاءٍ ، وسليمانَ بن يسارٍ ، وأبى قِلابَةَ ، وابنِ أبى لَيْلَى ، ومالكٍ ، والأَوْزاعِىِّ ، والشافعىِّ ، وإسحاقَ . وقال طاوُسٌ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومجاهدٌ ، والنَّخَعِىُّ ، وحَمَّادُ بنُ أبى سليمانَ ، والثَّورِىُّ ، وأصْحابُ الرَّأْىِ : لها الخِيارُ ؛ لِما روَى الأَسْوَدُ عن عائشة ، أنَّ النبىَّ ﷺ خيَّرَ بَرِيرَةَ ، وكان زَوْجُها حرًّا . رَواه النَّسائِىُّ[1] . ولأنَّها كَمَلَتْ بالحُرِّيَّةِ ، فكان لها الخِيارُ ، كما لو كان زَوْجُها عَبْدًا . ورُوِىَ ذلك عن أحمدَ . ولَنا ، أنَّها كافَأَتْ زَوْجَها فى الكَمالِ ، فلم يَثْبُتْ لها الخِيارُ ،

الإنصاف

المذهبُ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو المذهبُ المَنْصوصُ والمُختارُ بلا رَيْبٍ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وصحَّحه المَجْدُ، والنَّاظِمُ، وغيرُهما . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « الشَّرْحِ »، و «الرِّعايتَيْن»، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الهِدايَةِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لها الخِيارُ . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » . وهو ظاهِرُ ما جزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وهما

---

(1) فى : باب إذا تحولت الصدقة ، من كتاب الزكاة ، وفى : باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد ...، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٨١ ، ٦/١٣٣ ، ٧/٢٦٤ .

كما أخرجه البخارى ، فى : باب ميراث السائبة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٨/١٩٢ ، وقال : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيته عبدًا . أصح . ومسلم ، فى : باب الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ٢/١١٤٤ . وأبو داود ، فى : باب من قال : كان حرًّا . من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٨ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى المرأة تعتق ولها زوج ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٥/١٠١ . وابن ماجه ، فى : باب خيار الأمة إذا أعتقت ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٧٠ . والدارمى ، فى : باب فى تخيير الأمة تكون تحت العبد فتعتق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/١٦٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٤٢ ، ١٧٠ ، ١٧٢ ، ١٧٥ ، ١٨٦ .

الشرح الكبير

كما لو أسْلَمَتِ الكِتابيَّةُ تحتَ المُسْلِمِ . فأمَّا خبرُ الأسودِ عن عائشةَ ، فقد روَى عنها القاسمُ بنُ محمدٍ ، وعُروَةُ ، أنَّ زَوْجَ بَريرَةَ كان عبدًا[1] . وهما أخَصُّ بها مِن الأسْوَدِ؛ لأنَّهما ابنُ أخِيها وابنُ أُخْتِها . وقد روَى [2]الأعْمَشُ، عن إبراهيمَ ، عن الأسْوَدِ[2] ، عن عائشةَ ، أنَّ زَوْجَ بَريرَةَ كان عبدًا . فتعارضَتْ رِوايتَاه . [١٣٥/٦و] . وقال ابنُ عباسٍ : كان زَوْجُ بَريرَةَ عبدًا أسودَ لبَنِى المُغيرَةِ ، يُقَالُ له : مُغيثٌ . رَواه البخارِىُّ ، وغيرُه[3] .

الإنصاف

وَجْهان مُطْلَقان فى « الخُلاصَةِ » . واخْتارَ الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، وغيرُه ، أنَّ لها الخِيارَ فى الفَسْخِ تحتَ حُرٍّ . وإنْ كان زَوْجُ بَريرَةَ عَبْدًا ؛ لأنَّها مَلَكَتْ رقَبَتَها ، فلا يُمَلَّكُ عليها إلَّا باخْتِيارِها . ويأْتِى قريبًا . إذا عَتَقَ بعضُها أو بعضُه ، هل يثْبُتُ لها الخِيارُ ، أم لا ؟

فائدة : لو عَتَقَ العَبْدُ وتحته أَمَةٌ ، فلا خِيارَ له . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وفى « الانْتِصارِ » احْتِمالٌ بأنَّ له الخِيارَ . وحَكاه عن الإمامِ الشَّافِعِىِّ ، رَحِمَه اللهُ . وفى « الواضِحِ » احْتِمالٌ ، ينْفَسِخُ ؛ بِناءً على غِناه عن أَمَةٍ بحُرَّةٍ . وذكَر غيرُه وَجْهًا[4] ، إنْ وجَد طَوْلًا . وفى « الواضِحِ » أيضًا احْتِمالٌ ؛ بِناءً على الرِّوايَةِ فيما إذا اسْتَغْنَى عن نِكاحِ الأَمَةِ بحُرَّةٍ ، فإنَّه يَبْطُلُ . وتقدَّم ذلك فى الكَفاءَةِ ، قبلَ قَوْلِه : والعَرَبُ بعضُهم لبعضٍ أكْفاءُ . فعلى المذهبِ ، قال

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

(٢ - ٢) فى النسختين : « الأسود عن إبراهيم عن عروة » . وأخرجه الدارقطنى كما أثبتناه فى سننه ٢٨٩/٣ . وانظر المغنى ٧٠/١٠ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٨ .

(٤) فى الأصل ، ا : « وجهان » .

المقنع وَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَلَهَا الْخِيَارُ فِى فَسْخِ النِّكَاحِ ،.............

الشرح الكبير وقالت صَفِيَّةُ بنتُ أبى عُبَيْدٍ : كان زَوْجُ بَرِيرَةَ عبدًا[1] . قال أحمدُ : هذا ابنُ عباسٍ وعائشةُ قالا فى زَوْجِ بَرِيرَةَ : إنَّه عبْدٌ . رِوَايَةُ علماءِ المدينةِ وعَمَلُهم ، وإذا روَى أهْلُ المدينةِ حَدِيثًا وعَمِلُوا به ، فهو أصَحُّ شىءٍ ، وإنَّما يَصِحُّ (٢أنَّه حُرٌّ٢) عن الأسودِ وَحْدَه ، فأمَّا غيرُه فليس بذاك . قال : والعَقْدُ صحيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، والحُرُّ فيه اخْتِلافٌ ، والعَبْدُ لا اخْتِلافَ فيه . ويُخالِفُ الحُرُّ العَبْدَ ؛ لأنَّ العَبْدَ ناقِصٌ ، فإذا كَمَلَتْ تحتَه ، تَضَرَّرَتْ ببَقائِها عندَه ، بخِلافِ الحُرِّ .

٣١٨٥ – مسألة : (وإن كان عَبْدًا فلها الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ) أجْمَعَ أهلُ العلمِ على هذا . ذَكَرَه ابنُ المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البرِّ[3] ، وغيرُهما . والأصْلُ فيه حديثُ بَرِيرَةَ ، قالت عائشةُ : كاتَبَتْ بَرِيرَةُ ، فَخَيَّرَها رسولُ اللهِ ﷺ فى زَوْجِها ، وكان عبدًا ، فاخْتارَتْ نفسَها . قال

الإنصاف المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : لا خِيارَ له ؛ لأنَّ الكَفاءَةَ تُعْتَبَرُ فيه لا فيها ، فلو تَزَوَّجَ امْرأةً مُطْلَقًا ، فبانَتْ أمَةً ، فلا خِيارَ له ، ولو تَزَوَّجَتْ رجُلًا مُطْلَقًا ، فبانَ عَبْدًا ، فلها الخِيارُ ، فكذلك فى الاسْتِدامَةِ . قال فى « الفُروعِ » : كذا قال .

قوله : وإنْ كان عَبْدًا ، فلها الخِيارُ – بلا نِزاعٍ فى المذهبِ . وحَكاه ابنُ

(١) أخرجه الدارقطنى ، فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٢٩٣/٣ . والبيهقى ، فى : باب الأمة تعتق وزوجها عبد ، من كتاب النكاح . السنن الكبرى ٢٢٢/٧ .

(٢ - ٢) فى م : « حرا » .

(٣) انظر : الاستذكار ١٤٩/١٧ .

المقنع

وَلَهَا الْفَسْخُ بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ .

الشرح الكبير

عروةُ : ولو كان حرًّا ما خَيَّرَها . رَواه مالكٌ ، وأبو داودَ ، والنَّسائِيُّ[1] . ولأنَّ عليها ضَرَرًا فى كَوْنِها حُرَّةً تحتَ العَبْدِ ، فكان لها الخِيارُ ، كما لو تزَوَّجَ حُرَّةً على أنَّه حُرٌّ فبانَ عبدًا . فإنِ اختارَتِ الفَسْخَ ، فلها فِراقُه ، وإن رَضِيَتِ المُقامَ معه لم يَكُنْ لها فِراقُه بعدَ ذلك ؛ لأنَّها أسْقَطَتْ حَقَّها ، وهذا ممّا لا خِلافَ فيه بحمدِ اللهِ .

٣١٨٦ – مسألة : (ولها الفَسْخُ) بنَفْسِها (مِن غيرِ حُكْمِ حاكمٍ) لأنَّه فَسْخٌ مُجْمَعٌ عليه ، غيرُ مُجْتَهَدٍ فيه ، فلا يَفْتَقِرُ إلى حُكْمِ حاكِمٍ ، كالرَّدِّ بالعَيْبِ فى المَبيعِ ، بخِلافِ خِيارِ العَيْبِ فى النِّكاحِ ، فإنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فافْتَقَرَ إلى حُكْمِ الحاكِمِ ، كالفَسْخِ للإِعْسارِ . ورَوَى الحسنُ بنُ[2] عَمْرِو بنِ أُمَيَّةَ ، قال : سَمِعْتُ رِجالًا يَتَحَدَّثُونَ عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال : « إذا أُعْتِقَتِ الأَمَةُ ، فَهِىَ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَطَأْهَا ، إنْ شَاءَتْ فَارَقَتْ ، فَإنْ وَطِئَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا » . رَواه الإمامُ أحمدُ فى « المُسْنَدِ »[3] .

الإنصاف

المُنْذِرِ ، وابنُ عبدِ البَرِّ ، وغيرُهما إجْماعًا – ولها الفَسْخُ بغيرِ حُكْمِ حاكِمٍ . بلا نِزاعٍ .

(١) انظر ما تقدم فى صفحة ٢٦٧ .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى م : « عن » . والمثبت من الأصل موافق لما أخرجه النسائى بلفظ : « أيما أمة كانت تحت عبد فعتقت ، فهى بالخيار ما لم يطأها زوجها » . انظر باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . =

الشرح الكبير

فصل : فإنِ اختارَتِ المُعْتَقَةُ[1] الفِراقَ ، كان فَسْخًا ليس بطَلاقٍ . وبهذا قال أبو حنيفةَ ، والثَّوريُّ ، والحسنُ ابنُ حَيٍّ[2] ، والشافعيُّ . وذَهَب مالكٌ ، والأوْزاعِيُّ ، واللَّيْثُ ، إلى أنَّه طَلاقٌ بائِنٌ . قال مالكٌ : إلَّا أن تُطَلِّقَ نَفْسَها ثلاثًا فتطْلُقَ ثلاثًا . واحْتَجَّ له بقصةِ زَبْراءَ ، حينَ طَلَّقَتْ نَفْسَها ثَلاثًا[3] ، فلم يَبْلُغْنا أنَّ أحدًا مِن الصحابَةِ أنْكَرَ ذلك ، ولأنَّها تَمْلِكُ الفِراقَ ، فمَلَكَتِ الطَّلاقَ ، كالرَّجلِ . ولَنا ، قولُ النبيِّ ﷺ : « الطَّلاقُ لِمَنْ أخَذَ بالسَّاقِ »[4] . ولأنَّها فُرْقَةٌ مِن قِبَلِ الزَّوْجَةِ ، فكانت فَسْخًا ، كما لو اخْتَلَفَ دِينُهما ، أو أرْضَعَتْ مَن يَنْفَسِخُ نِكاحُه

الإنصاف

= السنن الكبرى ٣/١٨٠ . وهو موافق أيضا لما ترجمه الحافظ المزى فى : تحفة الأشراف ١١/١٣٨ . وكذا ابن حجر فى : النكت الظراف . ولم نجد لحسن بن عمرو ترجمة .

وذكر الحافظ المزى أنه عند النسائى - لعله فى رواية ابن الأحمر - من طريق الشعبى عن عمرو بن أمية الضمرى ... قال النسائى : هذا عندى حديث منكر . تحفة الأشراف ١١/١٣٩ .

والحديث فى المسند ٤/٦٥ من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه . وانظر : التاريخ الكبير للبخارى ٤/١/٧/١١٥ . الجرح والتعديل ٢/٣/٧/٦٤ .

وفى المسند ٤/٦٦ من رواية الفضل بن الحسن بن عمرو بن أمية . وانظر : التاريخ الكبير ٤/١/٧/١١٤ ، ١١٥ . تهذيب التهذيب ٨/٢٦٩ ، ٢٧٠ .

وفى المسند ٥/٣٧٨ . من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه ، ومن رواية الفضل بن الحسن بن عمرو ابن أمية .

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « صالح » .

(٣) يأتى بتمامه فى صفحة ٤٥٨ .

(٤) أخرجه ابن ماجه ، فى : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٧٢ . وحسنه ، فى : الإرواء ٧/١٠٨ - ١١٠ .

المقنع

فَإِنْ أُعْتِقَ قَبْلَ فَسْخِهَا ، أَوْ أَمْكَنَتْهُ مِنْ وَطْئِهَا ، بَطَلَ خِيَارُهَا .

الشرح الكبير

بِرَضاعِه[1] . وفِعْلُ زَبْرَاءَ ليس بحُجَّةٍ ، و لم يَثْبُتِ انْتِشارُه فى الصَّحابةِ . فعلى هذا ، لو[2] قالت : اخْتَرْتُ نفسِى . أو : فَسَخْتُ النِّكاحَ . انْفَسَخَ . ولو قالتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِى . ونَوَتِ [٦/١٣٥ظ] المُفارَقَةَ ، كان كِنايةً عن الفَسْخِ ؛ لأنَّه يُؤدِّى مَعْناه ، فصَلَحَ كنايةً عنه ، كالكِنايةِ بالفَسْخِ عن الطَّلاقِ .

٣١٨٧ – مسألة : (فإن أُعْتِقَ قبلَ فَسْخِها ، أو أمْكَنَتْه مِن وَطْئِها ، بَطَل خِيارُها) أمَّا إذا أُعْتِقَ الزَّوْجُ قبلَ خِيارِها ، سَقَط ؛ لأنَّ الخِيارَ لدَفْعِ الضَّرَرِ بالرِّقِّ ، وقد زَالَ بعِتْقِه ، فسَقَطَ ، كالمَبِيعِ إذا زال عَيْبُه . وهذا أحدُ قَوْلَىِ الشافعىِّ . وإن وَطِئَها ، بَطَل خِيارُها ، عَلِمَتْ بالخِيارِ أو لم تَعْلَمْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، واخْتارَه الخِرَقِىُّ . ورُوِىَ ذلك عن عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، وأُخْتِه حَفْصَةَ ، ونافِعٍ ، والزُّهْرِىِّ ، وقَتادَةَ . وحَكَاه بعضُ أهلِ العلمِ عن [3]الفقهاءِ السَّبْعَةِ[3] . وذَكَر القاضى أنَّ لها الخِيارَ إذا لم تَعْلَمْ ،

الإنصاف

قوله : فإنْ عتَقَ قبلَ فَسْخِها ، أو مَكَّنَتْه مِن وَطْئِها ، بطَل خِيارُها ، فإنِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بالعِتْقِ ، وهو مِمَّا يجوزُ جَهْلُه ، أو الجَهْلَ بمِلْكِ الفَسْخِ ، فالقَوْلُ قَوْلُها . إذا عتَق قبلَ فسْخِها ، سقَط خِيارُها . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه الأصحابُ . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وقيل : إنَّه وقَع للقاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ما يقْتَضِى

(١) فى م : « برضاعها » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) فى م : « فقهاء الشيعة » .

الشرح الكبير

فإن أصابَها بعدَ عِلْمِها ، فلا خِيارَ لها . وهذا قولُ عطاءٍ ، والحكمِ ، وحمادٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والأوزاعيِّ ، والشافعيِّ ، وإسحاقَ ؛ لأنَّها[1] إذا أمْكَنَتْ مِن وَطْئِها قبلَ عِلْمِها ، لم يُوجَدْ منها ما يَدُلُّ على الرِّضَا ، فهو كما لو لم تُصَبْ . ووَجْهُ الأوَّلِ ما تَقَدَّمَ مِن حديثِ عمرِو بنِ أُمَيَّةَ . وروَى مالكٌ[2] ، عن ابنِ شهابٍ ، عن عُرْوَةَ ، أنَّ مَوْلاةً لبَنِى عَدِىٍّ ، يُقَالُ لها : زَبْرَاءُ . أخْبَرَتْه أنَّها كانت تحتَ عبدٍ ، فعَتَقَتْ ، قالتْ : فأرسلتْ إلَىَّ حَفْصَةُ ، فدَعَتْنِى ، فقالت : إنَّ أمْرَكَ بيدِكِ ، ما لم يَمَسَّكِ زَوْجُكِ ، وإن مَسَّكِ ، فليس لكِ مِن الأمرِ شىءٌ . فقلتُ : هو الطَّلاقُ ، ثم الطَّلاقُ ، [ثم الطَّلاقُ][3] . ففارَقَتْه ثلاثًا . وروَى مالكٌ[4] ، عن نافعٍ ، عن ابنِ

الإنصاف

أنَّه لا يسْقُطُ . ويأْتِى قريبًا فى كلامِ المُصَنِّفِ : إذا عَتَقَا معًا . وأمَّا إذا مَكَّنَتْه مِن وَطْئِها مُخْتارَةً ، وادَّعَتِ الجَهْلَ بالعِتْقِ ، وهى مِمَّن يجوزُ خَفاءُ ذلك عليها ؛ مِثْلَ أنْ يعْتِقَها وهو فى بَلَدٍ آخَرَ ونحوِه ، أو ادَّعَتِ الجَهْلَ بمِلْكِ الفَسْخِ ، فقدَّم المُصَنِّفُ هنا قَبُولَ قوْلِها ، ولكِنْ مع يَمِينِها ، ولها الخِيارُ . وهو إحْدَى الرِّوايتَيْن . وحَكاه المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى » عن القاضى وأصحابِه ، وحَكاه فى « الكافِى » عن القاضى وأبى الخَطَّابِ ، وحَكاه فى « الشَّرْحِ » عنِ القاضى . وهو قَوْلٌ فى « الرِّعايَةِ » . واخْتارَه جماعَةٌ . وجزَم به فى « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى : باب ما جاء فى الخيار ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٣ .

(٣) تكملة من الموطأ .

(٤) فى الباب نفسه . الموطأ ٢/٥٦٢ .

المقنع

فَإِنِ ادَّعَتِ الْجَهْلَ بِالْعِتْقِ ، وَهُوَ مِمَّا يَجُوزُ جَهْلُهُ ، أَوِ الْجَهْلَ بِمِلْكِ

الشرح الكبير

عمرَ ، أنَّ لها الخِيارَ ما لم يَمَسَّها . ولأنَّه خِيارُ عَيْبٍ ، فيَسْقُطُ بالتَّصرُّفِ فيه مع الجَهالَةِ ، كخِيارِ الرَّدِّ بالعَيْبِ . ولا تَفْريعَ على هذا القولِ . فأمَّا على القولِ الآخَرِ ، فإذا وَطِئَها وادَّعَتِ الجَهالةَ بالعِتْقِ ، وهى مِمَّن يجوزُ خَفاءُ ذلك عليها ، مثلَ أن يُعْتِقَها سَيِّدُها فى بلدٍ آخَرَ ، فالقولُ قولُها مع

الإنصاف

قال فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » : فلها الفَسْخُ فى الأصحِّ . وقال الخِرَقِىُّ : يَبْطُلُ خِيارُها ، عَلِمَتْ أو لم تَعْلَمْ . وهو المذهبُ . نصَّ عليه ، فى رِوايَةِ الجماعَةِ فيهما . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا نصُّ الرِّوايتَيْن ، واخْتِيارُ الخِرَقِىِّ ، وابنِ أبِى مُوسى ، والقاضى فى « المُجَرَّدِ » ، و « الجامعِ » . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . ويَنْبَنِى عليهما وَطْءُ الصَّغيرةِ والمَجْنُونَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : لا يسْقُطُ خِيارُها . على الرِّوايتَيْن . وقيل : إنِ ادَّعَتْ جَهْلًا بعِتْقِه ، فلها الفَسْخُ ، وإنِ ادَّعَتْ جَهْلًا بمِلْكِ الفَسْخِ ، فليس لها الفَسْخُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » ، [٣٢/٣و] وجزَم به فى « المُحَرَّرِ » فى الأُولَى . وأطْلَقَ فى الثَّانيَةِ الرِّوايتَيْن . وقال الزَّرْكَشِىُّ : تُقْبَلُ دعْواها الجَهْلَ بالعِتْقِ فيما إذا وَطِئَها ، والخِيارُ بحالِه ، هذا المذهبُ المَشْهورُ لعامَّةِ الأصحابِ . وعنِ القاضى فى « الجامعِ الكَبيرِ » : يَبْطُلُ خِيارُها . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : فإنْ لم تختَرْ ، حتى عَتَقَ ، أو وَطِئَ طَوْعًا مع عِلْمِها بالخِيارِ ، فلا خِيارَ لها ، وكذا مع جَهْلِها به . وقيل : لا يَبْطُلُ . فإنْ لم تعْلَمْ هى عِتْقَها حتى وَطِئَها ، فوَجْهان ، فإنِ ادَّعَتْ جَهْلًا بعِتْقِه ، أو بعِتْقِها ، أو طَلَبِ الفَسْخِ به ، ومِثْلُها يجْهَلُه ، فلها الفَسْخُ ، إنْ حَلَفَتْ . وعنه ، لا فَسْخَ . انتهى .

تنبيه : قولُه : فإنِ ادَّعَتِ الجَهْلَ بالعِتْقِ ، وهو مِمَّا يجوزُ جَهْلُه . هذا

المقنع الْفَسْخِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ : يَبْطُلُ خِيَارُهَا ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ .

الشرح الكبير يَمِينِها ؛ لأنَّ الأصْلَ عَدَمُ ذلك . وإن كانت مِمَّن لا يَخْفَى ذلك عليها ؛ لكَوْنِهما[1] فى بلدٍ واحدٍ ، وقد اشْتَهَرَ ذلك ، لم يُقْبَلْ قولُها ؛ لأنَّه خِلافُ الظَّاهِرِ ، وإن عَلِمَتِ العِتْقَ وادَّعَتِ الجَهالَةَ بثُبُوتِ الخيارِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ ذلك لا يَعْلَمُه إلَّا خَواصُّ النَّاسِ ، فالظاهِرُ صِدْقُها فيه . وللشافعىِّ فى قَبُولِ قولِها قَوْلان .

الإنصاف الصَّحيحُ . وقيل : ما لم[2] يُخالِفْها ظاهِرٌ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « الفُروعِ » .

فوائد ؛ إحْداها ، حُكْمُ مُباشَرَتِه لها حُكْمُ وَطْئِها ، وكذا تَقْبِيلِها ؛ إذْ مَناطُها ما يدُلُّ على الرِّضا . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وهو صحيحٌ . الثَّانيةُ ، يجوزُ للزَّوْجِ الإقْدامُ على الوَطْءِ ، إذا كانتْ غيرَ عالِمَةٍ . قال المَجْدُ فى « شَرْحِه » : قِياسُ مذهبِنا جوازُه . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والخَمْسِين » : وفيما قاله نظَرٌ ، والأظْهَرُ تخْرِيجُه على الخِلافِ . يعْنِى الذى ذكَرَه فى أصْلِ القاعِدَةِ ، فإنَّه لا يجوزُ الإقْدامُ عليه . الثَّالثةُ ، لو بذَلَ الزَّوْجُ لها عِوَضًا على أنَّها تخْتارُه ، جازَ . نصَّ عليه فى رِوايَةِ مُهَنَّا . ذكَرَه أبو بَكْرٍ فى « الشَّافِى » . قال ابنُ رَجَبٍ ، رَحِمَه اللهُ : وهو راجِعٌ إلى صِحَّةِ إسْقاطِ الخِيارِ بعِوَضٍ . وصرَّح الأصحابُ بجوازِه فى خِيارِ البَيْعِ . الرَّابعَةُ ، قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لو شرَط المُعْتِقُ عليها دَوامَ النِّكاحِ تحت حُرٍّ أو عَبْدٍ إذا أعْتَقَها ، فَرَضِيَتْ ، لَزِمَها ذلك . قال : ويَقْتَضِيه مذهبُ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه

---

(1) فى الأصل : « لكونها » .
(2) سقط من : الأصل .

المقنع

وَخِيَارُ الْمُعْتَقَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، مَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ،

الشرح الكبير

٣١٨٨ – مسألة : (وخِيارُ المُعْتَقَةِ على التَّراخِي ، ما لم يُوجَدْ منها ما يَدُلُّ على الرِّضَا) ولا يُمْنَعُ الزَّوْجُ مِن وَطْئِها . ومِمَّن قال : إنَّه على التَّراخِي . مالكٌ ، والأَوْزاعِيُّ . ورُوِيَ ذلك عن عبدِ اللهِ بنِ عمرَ ، وأُخْتِه حَفْصَةَ . وبه قال سليمانُ بنُ يسارٍ ، ونافعٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتادَةُ . وقال أبو حنيفةَ ، وسائرُ العِراقِيِّين : لها الخِيارُ فى مَجْلِسِ العلمِ . وللشافعيِّ ثلاثةُ أقوالٍ ، أظْهَرُها كقولِنا . والثانى ، أنَّه على الفَوْرِ ، كخِيارِ الشُّفْعَةِ . والثالثُ ، أنَّه إلى ثلاثةِ أيامٍ . ولَنا ، ما روَى الإمامُ أحمدُ بإسنادِه ، عن الحسنِ بنِ عمرِو بنِ أُمَيَّةَ[1] ، قال : سَمِعْتُ رجالًا يَتَحَدَّثُون عن

الإنصاف

اللهُ ، فإنَّه يجوزُ العِتقُ بشَرْطٍ . قال فى « القاعِدَةِ الرَّابعَةِ والثَّلاثين » : إذا عَتَقَتِ الأَمَةُ المُزَوَّجَةُ ، لم تَمْلِكْ مَنْفَعَةَ البُضْعِ ، وإنَّما يثْبُتُ لها الخِيارُ تحتَ العَبْدِ . قال : ومَن قال بسِرايَةِ العِتْقِ ، قال : قد مَلَكَتْ بُضْعَها ، فلم يَبْقَ لأحدٍ عليها مِلْكٌ ، فصارَ الخِيارُ لها فى المُقامِ وعدَمِه ، حُرًّا كان أو عَبْدًا . [2] قال : وعلى هذا لو اسْتَثْنَى مَنْفَعَةَ بُضْعِها للزَّوْجِ ، صحَّ ولم تَمْلِكِ الخِيارَ ، حُرًّا كان أو عَبْدًا . ذكَرَه الشَّيْخُ[2] . قال : وهو مُقْتَضَى المذهبِ . انتهى . والظَّاهِرُ أنَّه أرادَ بالشَّيْخِ ، الشَّيْخَ تَقِيَّ الدِّينِ ، أو سقَط ذِكْرُه فى الكِتابةِ .

قوله : وخِيارُ المُعْتَقَةِ على التَّراخِي ، ما لم يُوجَدْ منها ما يَدُلُّ على الرِّضا . بلا خِلافٍ فى ذلك . ويأْتِي خِيارُ العَيْبِ ، هل هو على التَّراخِي ، أو على الفَوْرِ ؟ فى

(١) انظر ما تقدم فى صفحة ٤٥٥ ، ٤٥٦ .

(٢ – ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ وَعَقَلَتْ ، وَلَيْسَ لِوَلِيِّهَا الِاخْتِيَارُ عَنْهَا .

الشرح الكبير

رسولِ اللهِ ﷺ ، [١٣٦/٦و] أنَّه قال : « إذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ ، فَهِيَ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَطَأْهَا ، إِنْ شَاءَتْ فَارَقَتْهُ ، وَإِنْ وَطِئَهَا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا » . ورواه الأثْرَمُ أيضًا . وروَى أبو داودَ[1] ، أنَّ بَرِيرَةَ عَتَقَتْ ، وهى عندَ مُغِيثٍ ، عبْدٍ لآلِ أبى[2] أحمدَ ، فخَيَّرَها النبىُّ ﷺ ، وقال لها : « إنْ قَرُبَكِ فَلا خِيَارَ لَكِ » . ولأنَّه قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصَّحابةِ . قال ابنُ عبدِ البرِّ[3] : لا أعْلَمُ لابنِ عمرَ وحَفْصَةَ مُخالِفًا مِن الصَّحابةِ . ولأنَّ الحاجَةَ داعِيَةٌ إلى ذلك ، فثَبَت[4] ، كخِيارِ القِصاصِ ، أو خِيارٍ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فأشْبَهَ ما قُلْنا .

٣١٨٩ – مسألة : (فإن كانت صَغِيرَةً أو مَجْنُونَةً ، فلها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ وعَقَلَتْ) ولا خِيارَ لهما فى الحالِ ؛ لأنَّه لا عَقْلَ لهما ، ولا قولَ

الإنصاف

أواخِرِ البابِ الآتِى بعدَ هذا .

تنبيه : ظاهِرُ قوْلِه : فإنْ كانَتْ صَغِيرَةً ، أو مَجْنُونَةً ، فلها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ وعَقَلَتْ . أنَّه ليس لها خِيارٌ قبلَ البُلُوغِ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « المُحَرَّرِ »، و « الوَجيزِ »، و «الحاوِى»،

---

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٦٧ .

(٢) فى م : « بنى » .

(٣) انظر : الاستذكار ١٥١/٧ .

(٤) بعدها فى م : « الخيار » .

الشرح الكبير

مُعْتَبَرٌ ، ولا يَمْلِكُ وَلِيُّهما الاخْتِيارَ عنهما ؛ لأنَّ[1] هذا طريقُه الشَّهوةُ ، فلا يَدْخُلُ تحتَ الوِلايةِ ، كالاقْتِصاصِ . فإذا بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ وعَقَلَتِ المجنونَةُ ، فلهما الخِيارُ حينئذٍ ؛ لكَوْنِهما صارا على صِفَةٍ لكلٍّ منهما حُكْمٌ . وهكذا الحُكْمُ لو كان بزَوْجِهما[2] عَيْبٌ يُوجِبُ الفَسْخَ . فإن كان زَوْجاهُما قد وَطِئاهما ، فظاهِرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أنَّه لا خِيارَ لهما ؛ لأنَّ مُدَّةَ الخِيارِ انْقَضَتْ . وعلى قولِ القاضى وأصحابِه ، لهما الخِيارُ ؛ لأنَّه لا رَأْىَ لهما ، فلا يكونُ تَمْكِينُهُما مِن الوَطْءِ دَليلًا على الرِّضَا ، بخِلافِ الكَبيرةِ العاقِلَةِ . ولا يُمْنَعُ زَوْجاهُما مِن وَطْئِهما . واللهُ أعلمُ .

الإنصاف

وغيرِهم . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » . وقيل : لها الخِيارُ إذا بَلَغَتْ تِسْعًا . وهو المذهبُ . قال فى « الفُروعِ » : إذا بَلَغَتْ سِنًّا يُعْتَبَرُ قوْلُها فيه ، خُيِّرَتْ . وذكَرَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وصرَّح بأنَّها بنْتُ تِسْعٍ . وكذا صرَّح به ابنُ البَنَّا فى « العُقودِ » ؛ فقال : إذا كانتْ صَغِيرَةً فعَتَقَتْ ، فهى على الزَّوْجيَّةِ إلى أنْ تبْلُغَ حَدًّا يصِحُّ إذْنُها ؛ وهى التِّسْعُ سِنِين فصاعدًا . انتهى . وقال ابنُ عَقِيلٍ : إذا بَلَغَتْ سَبْعًا ، بتَقْديمِ السِّينِ . [3]وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : اعْتِبارُ صِحَّةِ إذْنِها بالتِّسْعِ أو السَّبْعِ ، ضعيفٌ ؛ لأنَّ هذا وِلايَةُ اسْتِقْلالٍ ، ووِلايَةُ الاسْتِقْلالِ لا تثْبُتُ إلَّا بالبُلوغِ ، كالعَفْوِ عن القِصاصِ ، والشُّفْعَةِ ، وكالبَيْعِ ، بخِلافِ ابْتِداءِ العَقْدِ ، فإنَّه يتَوَلَّاه الوَلِيُّ بإذْنِها ، فتَجْتَمِعُ الوِلايَتان ، وبينَهما فَرْقٌ . انتهى[3] .

---

(1) فى م : « ليس له » .

(2) فى م : « عند زوجتيهما » .

(3 - 3) سقط من : الأصل .

المقنع فَإِنْ طُلِّقَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ، وَقَعَ الطَّلَاقُ .

الشرح الكبير **٣١٩٠** - مسألة : (فإن طُلِّقَتْ قبلَ اخْتيارِها ، وَقَع الطَّلاقُ) وبَطَل خِيارُها ؛ لأنَّه طلاقٌ مِن زَوْجٍ جائزِ التَّصرُّفِ فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فنفَذَ[١] ، كما لو لم يَعْتِقْ . وقال القاضى : طَلاقُه موقوفٌ ، فإنِ اخْتارَتِ[٢] الفَسْخَ لم يَقَعْ ؛ لأنَّه يَتَضَمَّنُ إبطالَ حَقِّها مِن الخِيارِ ، وإن لم تَخْتَرْ وَقَع . وللشافعىِّ قَوْلان كهذَيْن الوَجْهَيْن . وبَنَوْا عَدَمَ الوُقُوعِ على أنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالةِ العِتْقِ ، فيكونُ الطَّلاقُ واقِعًا فى نِكاحٍ مَفْسُوخٍ ، وكذلك إن طَلَّقَ الصَّغِيرَةَ أو المجنونَةَ بعدَ العِتْقِ . ولَنا ، أنَّه طلاقٌ مِن زَوْجٍ مُكَلَّفٍ مُخْتارٍ ، فى نِكاحٍ صحيحٍ ، فوَقَعَ ، كما لو طَلَّقَها قبلَ عِتْقِها ، أو كما لو لم تَخْتَرْ[٣] ، والفَسْخُ إنَّما يُوجِبُ الفُرْقَةَ مِن حِينِه[٤] ؛ لأنَّه سَبَبُها ، ولا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الفُرْقَةِ عليه ، إذِ الحُكْمُ لا يَتَقَدَّمُ سَبَبَه ، ولأنَّ العِدَّةَ تُبْتَدَأُ مِن حينِ الفَسْخِ لا مِن حِينِ العِتْقِ ، وما سَبَقَه مِن الوَطْءِ وَطْءٌ فى نِكاحٍ صحيحٍ ، يَثْبُتُ به الإِحْصانُ والإِحْلالُ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، ولو كان الفَسْخُ سابِقًا عليه[٥] لانْعَكَسَتِ الحالُ . وقولُ القاضى : إنَّه يُبْطِلُ

الإنصاف قوله : فإنْ طَلُقَتْ قبلَ اخْتِيارِها ، وقَع الطَّلاقُ . وبطَل خِيارُها . يعْنِى ، إذا كان طَلاقًا بائِنًا . وهذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى «الوَجيزِ»

(١) فى م : « فيقدم » .
(٢) فى الأصل : « أجازت » .
(٣) فى م : « يختر » . وفى الأصل بالجيم والباء ، والتاء غير منقوطة . وانظر المغنى ٧٨/١٠ .
(٤) فى الأصل : « جنبه » .
(٥) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ عَتَقَتِ الْمُعْتَدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا الْخِيَارُ ،.................

الشرح الكبير حَقَّها مِن الفَسْخِ . غيرُ صحيحٍ ؛ فإنَّ الطَّلاقَ يَحْصُلُ به مَقْصُودُ الفَسْخِ ، مع وُجُوبِ نِصْفِ المَهْرِ ، وتَقْصِيرِ العِدَّةِ عليها ، فإنَّ ابْتِدَاءَها مِن حين طَلاقِه ، لا مِن حين فَسْخِه ، ثم لو كان مُبْطِلًا لحقِّها ، لم يَقَعْ وإن لم تَخْتَرِ الفَسْخَ ، كما لا يَصِحُّ تَصَرُّفُ المُشْتَرِى فى [١٣٦/٦ظ] المَبِيعِ فى مُدَّةِ الخِيارِ ، سَواءٌ فَسَخ البائِعُ أو لم يَفْسَخْ . وهذا فيما إذا كان الطَّلاقُ بائِنًا ، فإن كان رَجْعِيًّا ، لم يَسْقُطْ خِيارُها ، على ما نَذْكُرُ فيما بعدُ . فعلى قولِهم ، إذا طُلِّقَتْ قبلَ الدُّخولِ ، ثم اخْتارَتِ الفَسْخَ ، سَقَط مَهْرُها ؛ لأنَّها بانَتْ بالفَسْخِ ، وإن لم يَفْسَخْ ، فلها نِصْفُ الصَّداقِ ؛ لأنَّها بانَتْ بالطَّلاقِ .

٣١٩١ - مسألة : (وإن عَتَقَتِ) الأمَةُ (الرَّجْعِيَّةُ ، فلها الخِيارُ) لأنَّ نِكاحَها باقٍ يُمْكِنُ فَسْخُه ، ولها فى الفَسْخِ فائدةٌ ، فإنَّها لا تَأْمَنُ رَجْعَتَه إذا لم تَفْسَخْ . فإن قِيلَ : فَيفْسَخُ حينئذٍ ؟ قُلْنا : إذًا تَحْتاجُ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى .

الإنصاف وغيرِه . وقدَّمه فى «الهِدايَةِ»، و «المُذْهَبِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»، و «الخُلاصَةِ»، و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفروعِ » ، وغيرِهم . وقال القاضى : طَلاقُه مَوْقوفٌ ، فإنِ اخْتارَتِ الفَسْخَ ، لم يقَعْ ، وإلَّا وقَع . وقيل : هذا إنْ جَهِلَتْ عِتْقَها . وأطْلَقَ فى « التَّرْغيبِ » فى وُقوعِه وَجْهَيْن .

قوله : وإنْ عَتَقَتِ المُعْتَدَّةُ الرَّجْعِيَّةُ ، فلها الخِيارُ . بلا نِزاعٍ ، سواءٌ عَتَقَتْ ثم

المقنع فَإِنْ رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، فَهَلْ يَبْطُلُ خِيَارُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير (1)وإذا فَسَخَتْ فى العِدَّةِ ، بَنَتْ على ما مَضَى مِن عِدَّتِها ، ولم تَحْتَجْ إلى عِدَّةٍ أُخْرَى(1) ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ مِن الطَّلاقِ ، والفَسْخُ لا يُنَافِيها (2)ولا يَقْطَعُها(2) ، فهو كما لو طَلَّقَها طَلْقَةً أُخْرَى ، وتَبْنِى على عِدَّةِ حُرَّةٍ ؛ لأنَّها عَتَقَتْ فى عِدَّتِها وهى رَجْعِيَّةٌ .

٣١٩٢ – مسألة : (فإنِ اخْتارَتِ المُقَامَ ، فَهل يَبْطُلُ خِيارُها ؟ على وَجْهَيْن) أحدُهما ، لا يَبْطُلُ . وهو قولُ الشافعىِّ ؛ لأنَّها جارِيَةٌ إلى بَيْنُونَةٍ . والثانى ، يَبْطُلُ خِيارُها ؛ لأنَّها حالَةٌ(3) يَصِحُّ فيها اخْتِيارُ الفَسْخِ ، فصَحَّ اختيارُ المُقامِ ، كصُلْبِ النِّكاحِ . وهو اخْتِيارُ شيخِنا(4) . وإن لم تَخْتَرْ شيئًا ، لم يَسْقُطْ(5) خِيارُها ؛ لأنَّه على التَّراخِى ، ولأنَّ سُكُوتَها لا يَدُلُّ على رِضاها ؛ لأنَّه(6) يَحْتَمِلُ أنَّه كان لجَرَيانِها إلى(6) بَيْنُونَةٍ ، اكْتِفاءً منها بذلك ، فإنِ ارْتَجَعَها ، فلها الفَسْخُ حينئذٍ ، فإن فَسَخَتْ ثم عاد فتَزَوَّجها ،

الإنصاف طَلُقَتْ ، أو طَلُقَتْ ثم عَتَقَتْ فى عِدَّتِها ، فإنْ رَضِيَتْ بالمُقامِ ، فهل يَبْطُلُ خِيارُها ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ؛ أحدُهما ، يَبْطُلُ . وهو المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ وغيرُه .

(1 – 1) سقط من : م .
(2 – 2) سقط من : م .
(3) سقط من : م .
(4) انظر : المغنى ١٠/٧٧ .
(5) فى م : « يبطل » .
(6) سقط من : الأصل .

المقنع

وَمَتَى اخْتَارَتِ الْمُعْتَقَةُ الْفُرْقَةَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَالْمَهْرُ لِلسَّيِّدِ ،...

الشرح الكبير

بَقِيَتْ معه بطَلْقَةٍ واحدةٍ ؛ لأنَّ طلاقَ العبدِ اثْنَتانِ . وإن تَزَوَّجَها بعدَ أن عَتَق ، رَجَعَتْ معه على طَلْقَتَيْن ؛ لأنَّه صار حرًّا ، فمَلَكَ ثلاثَ طَلقاتٍ ، كسائرِ الأحْرارِ .

٣١٩٣ – مسألة : (وَمَتى اخْتارَتِ المُعْتَقَةُ) الفَسْخَ (بعدَ الدُّخُولِ ، فالمَهْرُ للسَّيِّدِ) وجملةُ ذلك ، أنَّ المُعْتَقَةَ متى اختارتِ المُقامَ مع زَوْجِها قبلَ الدُّخُولِ أو بعدَه ، فالمَهْرُ للسَّيِّدِ ، وكذلك إنِ اخْتارتِ الفَسْخَ بعدَ الدُّخُولِ ؛ لأنَّه وَجَب بالعَقْدِ ، فإذا اخْتارَتِ المُقامَ ، لم يُوجَدْ له مُسْقِطٌ ، وإن فَسَخَتْ بعدَ الدُّخولِ ، فقد اسْتَقَرَّ المَهْرُ بالدُّخولِ ، فلم يَسْقُطْ بشيءٍ ، وهو للسَّيِّدِ فى الحالَيْن ؛ لأنَّه وَجَب بالعَقْدِ فى مِلْكِه . والواجبُ المُسَمَّى فى الحالَيْن ، سَواءٌ كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ أو بعدَه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : إن كان الدُّخولُ قبلَ العِتْقِ ، فكذلك ، وإن كان بعدَه فالواجبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ (١)لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى حالَةِ العِتْقِ ، فصار الوَطْءُ فى نِكاحٍ فاسِدٍ(١) . ولَنا ، أنَّه عَقْدٌ صحيحٌ ، فيه مُسَمًّى صحيحٌ ،

الإنصاف

وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، و « المُذْهَبِ » ، فقال : سقَط خِيارُها فى أصحِّ الوَجْهَيْن . قال النَّاظِمُ : هذا أشْهَرُ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . والوَجْهُ الثَّانى ، لا يَبْطُلُ خِيارُها .

قوله : ومتى اختارَتِ المُعْتَقَةُ الفُرْقَةَ بعدَ الدُّخُولِ ، فالمَهْرُ للسَّيِّدَ . بلا نِزاعٍ .

(١ – ١) سقط من : م .

المقنع وَإِنْ كَانَ [٢٠٩و] قَبْلَهُ ، فَلَا مَهْرَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لِسَيِّدِهَا نِصْفُ الْمَهْرِ .

الشرح الكبير اتَّصَلَ به الدُّخولُ قبلَ الفَسْخِ ، فأوْجَبَ المُسَمَّى ، كما لو لم يُفْسَخْ ، ولأنَّه لو وَجَب بالوَطْءِ بعدَ الفَسْخِ ، لكان المَهْرُ لها ؛ لأنَّها حُرَّةٌ حينئذٍ . قولُهم : إنَّ الوَطْءَ فى نِكاحٍ فاسدٍ . غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّه كان صحيحًا ، ولم يُوجَدْ ما يُفْسِدُه ، ويَثْبُتُ فيه أحْكامُ الوَطْءِ فى النِّكاحِ الصحيحِ ، [٦/١٣٧و] مِن الإِحلالِ للزَّوْجِ الأَوَّلِ ، وكَوْنِه حَلالًا .

٣١٩٤ – مسألة : وإنِ اخْتارَتِ الفَسْخَ قبلَ الدُّخولِ ، فلا مَهْرَ لها . نَصَّ عليه أحمدُ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ ، أنَّ للسَّيِّدِ نِصْفَ المَهْرِ . اخْتارَه أبو بكرٍ ؛ لأنَّه وَجَب للسَّيِّدِ ، فلا يَسْقُطُ بفِعْلِ غيرِه . ولَنا ، أنَّ الفُرْقَةَ جاءَتْ مِن قِبَلِها ، فيَسْقُطُ مَهْرُها ، كما لو أسْلَمَتْ أو ارْتَدَّتْ ، أو أرْضَعَتْ مَن يَفْسَخُ نِكاحَها رَضاعُه[1] . وقولُه : وَجَب للسَّيِّدِ . قُلْنا : لكنْ بواسِطَتِها ، ولهذا سَقَط نِصْفُه بفَسْخِها ، وجَمِيعُهُ بإسْلامِها ورِدَّتِها .

فصل : ولو كانت مُفَوَّضَةً ففُرِضَ لها[1] مَهْرُ المِثْلِ ، فهو للسَّيِّدِ

الإنصاف سواءٌ كان مُسَمَّى المَهْرِ ، أو مَهْرَ المِثْلِ ، إنْ لم يكُنْ مُسَمًّى .

قوله : وإنْ كان قبلَه ، فلا مَهْرَ . هذا المذهبُ . جزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ

---

(١) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهَا الْخِيَارُ .

الشرح الكبير

أيضًا ؛ لأنَّه وَجَب بالعقدِ فى مِلْكِه لا بالفَرْضِ ، ولذلك لو ماتَ أحدُهما ، وَجَب ، والموتُ لا يُوجِبُ ، فدَلَّ على أنَّه وَجَب بالعقدِ . وإن كان الفَسْخُ قبلَ الدُّخولِ والفَرْضِ ، فلا شئَ ، إلَّا على الرِّوايةِ الأُخْرَى ، يَنْبَغِى أن تَجِبَ المُتْعَةُ ؛ لأنَّها تَجِبُ بالفُرْقَةِ قبلَ الدُّخولِ فى مَوْضِعٍ لو كان مُسَمًّى وَجَب نِصْفُه .

٣١٩٥ – مسألة : (وإن أَعْتَقَ أحدُ الشَّرِيكَيْنِ وهو مُعْسِرٌ ، فلا خِيارَ لها . وقال أبو بكرٍ : لها الخِيارُ) لأنَّ عِتْقَ المُعْسِرِ لا يَسْرِى ، بل يَعْتِقُ منها ما أَعْتَقَ ، وباقِيها رقِيقٌ ، فلا تَكْمُلُ حُرِّيَّتُها ، فلا يَثْبُتُ لها الخيارُ حينَئذٍ . وهذا قولُ الشافعىِّ . وعن أحمدَ أنَّ لها الخِيارَ . حَكاها أبو بكرٍ ،

الإنصاف

« الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأَدَمِىِّ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال أبو بَكْرٍ : لسيِّدِها نِصْفُ المَهْرِ . وهو رِوايَةٌ عن الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، نقَلَها مُهَنَّا . وجزَم به فى « الرِّعايتَيْن » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » [٣٢/٢ظ] . فعليها ، إنْ لم يكُنْ فُرِضَ ، وجَبَتِ المُتْعَةُ ، حيث يجِبُ لوُجوبِه له ، فلا يسْقُطُ بفِعْلِ غيرِه .

قوله : وإنْ أعْتَقَ أحَدُ الشَّريكَيْن وهو مُعْسِرٌ ، فلا خِيارَ لها . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه . اخْتارَه ابنُ أبِى مُوسى ، والقاضى ، والمُصَنِّفُ ، وغيرُهم .

الشرح الكبير

واختارَها ؛ لأنَّها أكْمَلُ منه ، فإنَّها تَرِثُ وتُورَثُ ، وتَحْجُبُ بقَدْرِ ما فيها مِن الحُرِّيَّةِ . ووَجْهُ الرِّوايَةِ الأُولَى ، أنَّه لا نَصَّ فى المُعْتَقِ بعضُها ، ولا هى فى معنى الحُرَّةِ الكاملةِ ؛ لأنَّ الحُرَّةَ كاملةُ الأحْكامِ ، ولأنَّ العقدَ صحيحٌ ، فلا يُفْسَخُ بالمُخْتَلَفِ فيه ، وهذه مُخْتَلَفٌ فيها ، وعَلَّلَ[1] أحمدُ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، إذا عَتَقَتْ وزَوْجُها حرٌّ بهذه العِلَّةِ . فأمَّا إن كان المُعْتِقُ مُوسِرًا ، سَرَى إلى بَاقِيها ، فعَتَقَتْ كلُّها ، وثَبَت لها الخِيارُ .

فصل : ولو زَوَّجَ أمَةً قِيمَتُها عَشَرَةٌ بصَداقٍ عشرينَ ، ثم أعْتَقَها فى مَرَضِه بعدَ الدُّخولِ بها ، ثم ماتَ ، ولا يَمْلِكُ غيرَها وغيرَ مَهْرِها بعدَ

الإنصاف

قال فى « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » : لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ فى ظاهِرِ المذهبِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذه الرِّوايَةُ هى المُخْتارَةُ مِنَ الرِّوايتَيْن . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الخُلاصَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وعنه ، حُكْمُها حكمُ عِتْقِها كلِّها . واخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « البُلْغَةِ » . فعلى المذهبِ ، لو زوَّج مُدَبَّرَةً له[2] ، لا يَمْلِكُ غيرَها ، قِيمَتُها مِائةٌ ، بعَبْدٍ ، على مِائتَيْنِ مَهْرًا ، ثم ماتَ السَّيِّدُ ، عتَقَتْ ، ولا فَسْخَ لها قبلَ الدُّخولِ ؛ لئَلَّا يسْقُطَ المَهْرُ ، أو يتَنَصَّفَ ، فلا تخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، فيرِقُّ بعَضُها، فيمْتَنِعُ الفَسْخُ . ذكَره فى « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . قلتُ : فيُعايَى بها . وهى مُسْتَثْناةٌ مِن

---

(١) فى م : « عن » .

(٢) فى الأصل : « أم » .

الشرح الكبير

اسْتِيفائِه ، عَتَقَتْ ؛ لأنَّها تخْرُجُ مِن الثُّلُثِ ، وإن لم [١]يَكُنْ قَبَضَه[١] ، عَتَق فى الحالِ ثُلُثُها . وفى الخِيارِ لها وَجْهان . فكلَّما اقْتَضَى مِن مَهْرِها شيئًا ، عَتَق منها بقَدْرِ ثُلُثِه ، فإذا اسْتُوفِىَ كلُّه ، عَتَقَتْ كلُّها ، ولها الخِيارُ حينئذٍ عندَ مَن لم يُثْبِتْ لها الخيارَ قبلَ ذلك . فإن كان زَوْجُها وَطِئَها قبلَ اسْتِيفاءِ مَهْرِها ، بَطَل خِيارُها عندَ مَن جَعَل لها الخِيارَ حينئذٍ ؛ لأنَّها أسْقَطَتْه بتَمْكِينِه مِن وَطْئِها . وعلى قولِ الخِرَقِىِّ ، لا يَبْطُلُ ؛ لأنَّها مَكَّنَتْه منه قبلَ ثُبوتِ الخيارِ لها ، فأشْبَهَ ما لو مَكَّنَتْ منه قبلَ عِتْقِها . فأمَّا إن عَتَقَتْ قبلَ الدُّخولِ بها ، فلا خِيارَ لها على قولِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّ فَسْخَها للنِّكاحِ يَسْقُطُ به صَداقُها ، فيَعْجزُ الثُّلُثُ عن كَمالِ قِيمَتِها ، فيَرِقُّ ثُلُثَاها ، ويَسْقُطُ خِيارُها ، فيُفْضِى إثْباتُ الخِيارِ لها إلى إسقاطِه ، [٦/١٣٧ظ] فيَسْقُطُ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . وعندَ أبى بكرٍ ، لها الخيارُ . فعلى قولِ مَن أوْجَبَ لسَيِّدِها نِصْفَ المَهْرِ ، يَعْتِقُ ثُلُثَاها إذا اسْتُوفِىَ ، وعلى قولِ مَن أسْقَطَ ، يَعْتِقُ ثُلُثُها .

الإنصاف

كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه ممَّن أطْلَقَ .

فائدة : لو عَتَقَتِ الأَمَةُ وزَوْجُها بعضُه حُرٌّ مُعْتَقٌ ، فلا خِيارَ لها . قدَّمه فى « الفُروعِ » . [٢]وقيل : لها الخِيارُ . جزَم به فى « التَّرْغيبِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » . فلو عَتَقَ بعضُها ، والزَّوْجُ بعضُه مُعْتَقٌ ، فلا خِيارَ لها . على الصَّحيحِ . قدَّمه فى « الفُروعِ »[٢] . وعنه ، لها الخِيارُ . وعنه ، لها الخِيارُ ، إنْ كانتْ حُرِّيَّتُها أكْثَرَ . وصحَّح فى « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، عَدَمَ الخِيارِ إذا كانا

(١ - ١) فى المغنى ١٠/٧٥ : « تكن قبضته » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فصل : وإن عَتَقَ زَوْجُ الأَمَةِ ، لم يَثْبُتْ لها خِيارٌ ؛ لأنَّ عَدَمَ الكَمالِ فى الزَّوْجَةِ[1] لا يُؤَثِّرُ فى النِّكاحِ ، ولذلك لا تُعْتَبَرُ الكَفاءةُ إلَّا فى الرجلِ دونَ المرأةِ ، فلو تزَوَّجَ امرأةً مُطْلَقًا فبانَتْ أمَةً ، لم يَكُنْ له الخِيارُ ، ولو تزَوَّجَتِ المرأةُ رجلًا مُطْلَقًا فبانَ عبدًا ، فلها الخِيارُ ، فكذلك فى الاسْتِدامَةِ ، لكنْ إن عَتَقَ ووَجَدَ [2]الطولَ لحرَّةٍ[2] ، فهل يَبْطُلُ نِكاحُه ؟ على وَجْهَيْن ، مَضَى ذِكْرُهما .

فصل : إذا عَتَقَتِ الأَمَةُ فقالت لزَوْجِها : زِدْنى فى مَهْرِى . ففَعَلَ ، فالزيادةُ لها دونَ سَيِّدِها ، سَواءٌ كان زَوْجُها حُرًّا أو عبدًا ، وسَواءٌ عَتَقَ معها أو لم يَعْتِقْ . نَصَّ عليه أحمدُ ، فيما إذا زَوَّجَ عبدَه مِن[3] أمَتِه ثم أُعْتِقا[4] جَمِيعًا ، فقالتِ الأَمَةُ : زِدْنى فى مَهْرِى . فالزيادةُ للأَمَةِ لا للسَّيِّدِ . فقيلَ : أرَأيْتَ إن كان الزَّوْجُ لغيرِ السَّيِّدِ ، لمَن تكونُ الزِّيادَةُ ؟ قال : للأَمَةِ . وعلى قِياسِ هذا ، لو زَوَّجَها سَيِّدُها ، ثم باعَها ، فزادَها زَوْجُها فى مَهْرِها ، فالزِّيادَةُ للثانى . وقال القاضى : الزيادةُ للسَّيِّدِ[5] المُعْتِقِ فى المَوْضِعَيْن ،

الإنصاف

مُتَساوِيَيْن فى الحُرِّيَّةِ . وقدَّمه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » . وأطْلَقَ فيما إذا تَساوَيا فى العِتْقِ ، فى « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وَجْهَيْن .

---

(١) فى الأصل : « الزوجية » .
(٢ - ٢) فى م : « طول الحرة » .
(٣) فى م : « أو » .
(٤) فى الأصل : « أعتقها » .
(٥) فى م : « السيد » .

المقنع

وَإِنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَلَا خِيَارَ لَهَا . وَعَنْهُ ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُمَا .

الشرح الكبير

على قِياسِ المذهبِ ؛ لأنَّ مِن أصْلِنا أنَّ الزيادةَ فى الصَّداقِ تَلْحَقُ بالعقدِ الأوَّلِ ، فتكونُ كالمَذْكُورِ فيه . قال شيخُنا[1] : والذى قُلْناه أصَحُّ ؛ لأنَّ المِلْكَ فى الزِّيادَةِ [2]إنَّما يَثْبُتُ[2] حالَ وُجودِها بعدَ زَوالِ مِلْكِ سَيِّدِها عنها ، فيكونُ لها ، كَكَسْبِها[3] والمَوْهُوبِ لها . وقولُنا : إنَّ الزيادةَ تَلْحَقُ بالعقدِ . معناه أنها تَلْزَمُ ويَثْبُتُ المِلْكُ فيها[4] ، ويَصِيرُ الجميعُ صَداقًا ، وليس معناه أنَّا تبيَّنَّا أنَّ المِلْكَ كان ثابِتًا فيها وكان لسَّيِّدِها ، فإنَّ هذا مُحالٌ ؛ لأنَّ سَبَبَ مِلْكِ هذه الزيادةِ وُجِدَ بعدَ العِتْقِ ، فلا يَجُوزُ أن يَتَقَدَّمَ المِلْكُ عليه ؛ لأنَّه يُؤَدِّى إلى تَقدُّمِ الحُكْمِ قبلَ سَبَبِه ، ولو كان المِلْكُ ثابتًا للمُعْتِقِ فيه حينَ التَّزْوِيجِ للَزِمَته زَكاتُه ، وكان له نَماؤُه . وهذا أظْهَرُ مِن أن نُطِيلَ فيه .

٣١٩٦ – مسألة : (وإن عَتَقَ الزَّوْجان معًا ، فلا خِيارَ لها . وعنه يَنْفَسِخُ نِكاحُهما) اخْتَلَفَتِ الرِّوايةُ عن أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فى ذلك ،

الإنصاف

قوله : وإنْ عَتَقَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَلا خِيارَ لها . يعْنِى إذا قُلْنا : لا خِيارَ للمُعْتَقَةِ تحتَ حُرٍّ . وهذا المذهبُ . قال القاضى فى بعضِ كُتُبِه : هذا قِياسُ المذهبِ . واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، والمُصَنِّفُ ، والمَجْدُ ، والشَّارِحُ ، وغيرُهم . وصحَّحه فى

(١) فى : المغنى ١٠/٨٠ .
(٢ - ٢) سقط من : م .
(٣) فى م : « كسبها » .
(٤) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

فالمشهورُ عنه أنَّه لا خِيارَ لها، والنكاحُ بحالِه، سَواءٌ أُعْتَقَهما واحدٌ أو اثنان. نَصَّ عليه أحمدُ. وعنه، لها الخيارُ؛ لأنَّها كَمَلَتْ بالحُرِّيَّةِ تحتَ مَن لم يَسْبِقْ له حُرِّيَّةٌ، فمَلَكَتِ الفَسْخَ، كما لو عَتَقَتْ قبلَه. والأوَّلُ أَوْلَى؛ لأنَّ حُرِّيَّةَ العبدِ لو طَرَأَتْ بعدَ عِتْقِها (1)لمَنَعَتِ الفَسْخَ(1)، فإذا قارنَتْ(2) كان أَوْلَى أن تمْنَعَ، كإسلامِ الزَّوْجَيْن. وعنه رِوايةٌ ثالثةٌ، إن أُعْتِقا(3)، انْفَسَخَ نِكاحُهما؛ لأنَّ العِتْقَ معنى يُزِيلُ المِلْكَ عنهما لا إلى مالكٍ، فجازَ أن تَقَعَ به الفُرْقَةُ، كالموتِ، ولأنَّه لا يَمْتَنِعُ أن لا تَحْصُلَ الفرقةُ بوُجودِه مِن أحدِهما، و(4)تَحْصُلَ بوجودِه [6/138و] منهما، كاللِّعانِ والإقالَةِ في البَيْعِ. وقال شيخُنا(5): معناه - واللهُ أعلمُ - أنه إذا وَهَب لعبدِه سُرِّيَّةً، وأذِنَ له في التَّسَرِّي بها، ثم أعْتَقَهما جميعًا، صارا حُرَّيْن، وخَرَجَتْ عن (6)مِلْكِ العبدِ(6)، فلم يَكُنْ له إصابَتُها إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ، هكذا رَوَى

الإنصاف

« التَّصْحيحِ »، و « الحاوِى ». قال في « المُذْهَبِ »، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ »: هذا أصحُّ الرِّوايتَيْن. وجزَم به في « الوَجيزِ » وغيرِه. وقدَّمه في « الهِدايَةِ »، و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الفُروعِ »، وغيرِهم. وعنه، لها الخِيارُ. وقال الزَّرْكَشِيُّ: هي أنصُّهما. وصحَّحَها القاضي

(1 - 1) في م: « منع ».
(2) في الأصل: « قاربت ».
(3) في الأصل: « عتقها ».
(4) في م: « أو ».
(5) في: المغني 10/73.
(6 - 6) في م: « ملكه ». ومكان كلمة « العبد » بياض في الأصل. وانظر المغني، الموضع السابق.

الشرح الكبير

جَماعَةٌ مِن أصحابِه ، فى مَن وَهَبَ عبدَه سُرِّيَّةً ، أو اشْتَرَى له سُرِّيَّةً ، ثم أعْتَقَها ، لا يَقْرَبُها إلَّا بِنِكاحٍ جديدٍ . واحْتَجَّ أحمدُ بما رَوَى[1] نافِعٌ ، عن ابنِ عمرَ ، أنَّ [2]عبدًا له[2] كان له سُرِّيَّتان ، فأعْتَقَهما وأعْتَقَه ، فنَهاهُ أن يَقْرَبَهما إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ[3] . ولأنَّها بإعْتاقِها خَرَجَتْ عن أن تكونَ مَمْلُوكَةً ، فلم يُبَحْ له التَّسَرِّى بها ، كالحُرَّةِ الأصْلِيَّةِ . وأمَّا إذا كانتِ امرأتَه[4] ، فعَتَقَا ، لم يَنْفَسِخْ نِكاحُه بذلك ؛ لأنَّه إذا لم يَنْفَسِخْ [5]بإعْتاقِها وحدَها ، فلأن لا يَنْفَسِخَ بإعْتاقِهما معًا أوْلَى . ويَحْتَمِلُ أنَّ أحمدَ إنَّما أرادَ بقولِه : انْفَسَخَ[5] نِكاحُهما . أنَّ لها فَسْخَ النِّكاحِ . ويُخَرَّجُ هذا على الرِّوايةِ التى تقولُ بأنَّ[6] لها الفَسْخَ إذا كان زَوْجُها حُرًّا فعَتَقَتْ تحتَه[7] .

الإنصاف

فى كِتابِ « الرِّوايتَيْن » ، وهى قوْلٌ فى « الرِّعايَةِ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » .. قال فى « القاعِدَةِ السَّابعَةِ والخَمْسِين » : فيه رِوايَتان مَنْصُوصَتان . وعنه ، ينْفَسِخُ نِكاحُها . نقَلَه الجماعَةُ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[8] : ومَعْناه ، واللهُ أعلمُ ، أنَّه إذا وهَب لعَبْدِه سُرِّيَّةً ، وأذِنَ له فى التَّسَرِّى بها ، ثم أعْتَقَهما جميعًا ، صارَا حُرَّيْنِ ، وخرَجَتْ عن مِلْكِ العَبْدِ ، فلم يكُنْ له إصابَتُها إلَّا بِنِكاحٍ جديدٍ ، هكذا

---

(١) بعده فى م : « عن » .

(٢ - ٢) فى م : « عبد الله » .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : باب استسرار العبد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٢١٥ .

(٤) فى م : « امرأة » .

(٥ - ٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : م .

(٧) فى م : « عنه » .

(٨) ١٠/٧٣ .

الشرح الكبير

فصل : ويُسْتَحَبُّ لمَن له عبدٌ وأمَةٌ مُتزَوِّجان ، فأرادَ عِتْقَهما ، البدايةُ بالرجلِ ؛ لِئَلَّا يَثْبُتَ للمرأةِ خِيارٌ عليه ، فيُفْسَخَ نِكاحُه . وقد روَى أبو داودَ[1] ، والأثْرَمُ ، بإسنادِهما عن عائشةَ ، أنَّه كان لها غُلامٌ وجاريةٌ ،

الإنصاف

روَى جماعَةٌ مِن أصحابِه ، فى مَن وهَب لعَبْدِه سُرِّيَّةً ، أو اشْتَرَى له سُرِّيَّةً ، ثم أعْتَقَها ، لا يقْرَبُها إلَّا بنِكاحٍ جديدٍ . وأمَّا إذا كانَتِ امْرأتَه ، فعَتَقا ، لم ينْفَسِخْ نِكاحُه بذلك ؛ لأنَّه إذا لم ينْفَسِخْ بإعْتاقِها وحدَها ، فلِئَلَّا ينْفَسِخَ بإعْتاقِهما معًا أوْلَى . ويَحْتَمِلُ أنَّ الإمامَ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، إنَّما أرادَ بقَوْلِه : انْفَسَخَ نِكاحُهما . أنَّ لهما[2] فَسْخَ النِّكاحِ . وهذا يُخَرَّجُ على الرِّوايَةِ التى تقولُ بأنَّ لها الفَسْخَ إذا كان زَوْجُها حُرًّا قبلَ العِتْقِ . انتهى . قال العَلَّامَةُ ابنُ القَيِّمِ ، رَحِمَه اللهُ : وهذا تأْوِيلٌ بعيدٌ جدًّا مِن لَفْظِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، فإنَّ كلامَ الإمامِ أحمدَ فى رِوايَةِ ابنِ هانِئٍ ، وحَرْبٍ ، ويَعْقُوبَ بنِ بخْتانَ : إذا زوَّج عَبْدَه مِن أَمَتِه ، ثم أعْتَقَهما ، لا يجوزُ أنْ يجْتَمِعا حتى يُجَدِّدَ النِّكاحَ . فرَواه الثَّلاثَةُ بلَفْظِ الواحدِ ، وهو : أنَّه زوَّجَ عَبْدَه مِن أَمَتِه . ثم قوْلُه : حتى يُجَدِّدَ النِّكاحَ . مع قوْلِه : زوَّج . صَريحٌ فى أنَّه نِكاحٌ لا تَسَرٍّ . قال : وللبُطْلانِ وَجْهٌ دقيقٌ ؛ وهو أنَّه إنَّما زوَّجَها بحُكْمِ المِلْكِ لهما ، وقد زالَ مِلْكُه عنهما ، بخِلافِ تزْوِيجِها لعَبْدِ غيرِه . ولهذا كان فى وُجوبِ المَهْرِ فى هذه المَسْأَلَةِ نِزاعٌ . فقيل : لا يجِبُ المَهْرُ بحالٍ . وقيل : يجِبُ ويسْقُطُ . والمَنْصوصُ ، أنَّه يجِبُ ، ويُتْبَعُ به بعدَ العِتْقِ ، بخِلافِ تزْوِيجِها لعَبْدِ غيرِه .

---

(1) فى : باب فى المملوكين يعتقان معا هل تخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١/٥١٨ . كما أخرجه النسائى ، فى : باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٣/١٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب من أراد عتق رجل وامرأته فليبدأ بالرجل ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢/٨٤٦ .

(2) كذا بالنسخ . وفى المغنى ١٠/٧٣ : « لها » .

الشرح الكبير

فتزَوَّجا[1] ، فقالت للنبيِّ ﷺ : إنِّى أُرِيدُ أن أُعْتِقَهما . فقال لها : « ابْدَئِى بِالرَّجُلِ قَبْلَ الْمَرْأَةِ » . وعن صَفِيَّةَ بنتِ أبى عُبَيْدٍ أنَّها فَعَلَتْ ذلك ، وقالت للرجلِ : إنِّى بَدَأْتُ بعِتْقِك ؛ لِئَلَّا يكونَ لها عليك خِيارٌ[2] . والله أعلمُ .

الإنصاف

انتهى .

(١) فى م : « فتزوجها » .

(٢) أخرجه بنحوه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٧/٢٥٥ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/٢١٠ ، ٢١١ .

المقنع

بَابُ حُكْمِ الْعُيُوبِ فِي النِّكَاحِ

الْعُيُوبُ الْمُثْبِتَةُ لِلْفَسْخِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا يَخْتَصُّ بِالرِّجَالِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَجْبُوبًا قَدْ قُطِعَ ذَكَرُهُ ، أَوْ لَمْ يَبْقَ مِنْهُ إِلَّا مَا لَا يُمْكِنُ الْجِمَاعُ بِهِ ، ....

الشرح الكبير

بَابُ حُكْمِ العُيُوبِ فِي النِّكَاحِ

(العُيوبُ المُثْبِتَةُ للفَسْخِ ثلاثةُ أقْسامٍ ؛ أحدُها ، ما يَخْتَصُّ بالرجالِ ، وهو شيئان ؛ أحدُهما ، أن يكونَ الرجلُ مَجْبُوبًا قد قُطِعَ ذَكَرُه و لم يَبْقَ منه إلَّا ما لا يُمْكِنُ الجِماعُ به) الكلامُ فى العيوبِ المُثْبِتَةِ لفَسْخِ النِّكاحِ للمرأةِ والرجلِ ، إذا اخْتارَ ذلك ، فى أربعةِ فصولٍ ؛ أحدُها ، أنَّ خِيارَ الفَسْخِ يَثْبُتُ لكلِّ واحدٍ مِن الزَّوْجَيْن للعَيْبِ يَجِدُه فى الآخرِ فى الجملةِ . رُوِىَ ذلك عن عمرَ بنِ الخطَّابِ ، وابنِه ، وابنِ عباسٍ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال جابرُ بنُ زيدٍ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ . ورُوِىَ عن علىٍّ : لا تُرَدُّ الحُرَّةُ بعَيْبٍ . وبه قال (1) النَّخَعِىُّ ، والثَّورِىُّ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وعن ابنِ مسعودٍ ، لا يُفْسَخُ النِّكاحُ بعَيْبٍ . وبه قال(1) أبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، إلَّا أن يكونَ الرجلُ مَجْبُوبًا أو عِنِّينًا ، فإنَّ للمرأةِ الخِيارَ ، فإنِ اخْتارتِ

الإنصاف

بابُ حُكْمِ العُيوبِ فى النِّكاحِ

....

(1 - 1) سقط من : م .

الشرح الكبير

الفِرَاقَ ، فرَّقَ الحاكمُ بينَهما بطَلْقَةٍ ، ولا يكونُ فَسْخًا ؛ لأنَّ وُجودَ العَيْبِ لا يَقْتَضِى فَسْخَ النِّكاحِ ، كالعَمَى والزَّمانةِ وسائرِ العُيُوبِ . ولَنا ، أنَّ المُخْتَلَفَ فيه يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ والعُنَّةِ ، ولأنَّ المرأةَ أحدُ العِوَضَيْن فى النِّكاحِ ، فجاز رَدُّها بعَيْبٍ ، كالصَّداقِ ، أو أحدُ العِوَضَيْن فى عَقْدِ النكاحِ ، فجاز رَدُّه بالعَيْبِ ، أو أحَدُ [٦/١٣٨ظ] الزَّوْجَيْن ، فيَثْبُتُ له الخِيارُ بالعَيْبِ فى الآخرِ ، كالمرأةِ . فأمَّا العَمَى والزَّمَانةُ ونحوُهما ، فلا يَمْنَعُ المقصودَ بعقدِ النِّكاحِ ، وهو الوَطْءُ ، بخِلافِ العُيُوبِ المُخْتَلَفِ فيها . فإن قيلَ : فالجُذامُ والجُنُونُ والبَرَصُ لا يَمْنَعُ الوَطْءَ . قُلْنا : بل يَمْنَعُه ؛ فإنَّ ذلك يُوجِبُ نَفْرَةً تَمْنَعُ مِن قُرْبانِه بالكُلِّيَّةِ ، ويُخافُ منه التَّعَدِّى إلى نَفْسِه ونَسْلِه ، والمَجْنُونُ[1] يُخافُ منه الجنايةُ ، فصارَ كالمانِعِ الحِسِّىِّ . الثانى ، [2]فى عَدَدِ[2] العيوبِ المُجَوِّزَةِ للفَسْخِ ، وهى ثمانيةٌ ؛ اثْنان يَخْتَصَّان الرجلَ ؛ وهما الجَبُّ ، والعُنَّةُ . وثَلاثَةٌ تَخْتَصُّ المرأةَ ؛ وهى الفَتْقُ ، والقَرْنُ ، والعَفَلُ . وثلاثةٌ يَشْتَرِكُ فيها الزَّوْجان ؛ وهى الجُذَامُ والجُنُونُ والبَرَصُ . وهكذا ذَكَرَها الخِرَقِىُّ . وقال القاضى : هى سَبْعةٌ . جَعَلَ القَرْنَ والعَفَلَ شيئًا واحدًا ، وهو الرَّتْقُ أيضًا[3] ، وذلك لَحْمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ ، وحَكَى ذلك عن[3] أهلِ الأدَبِ . وحُكِىَ نحوُه

الإنصاف ....

(١) فى الأصل : « الجنون » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : م .

المقنع ....

الشرح الكبير

عن أبي بكرٍ ، وذَكَرَه أصحابُ الشافعيِّ . وقال الشافعيُّ : القَرنُ عَظْمٌ فى الفَرْجِ يَمْنَعُ الوَطْءَ . وقال[1] غيرُه : لا يكونُ فى الفَرْجِ عَظْمٌ ، إنَّما هو لَحْمٌ يَنْبُتُ فيه . وحُكِيَ عن أبى حفْصٍ ، أنَّ العَفَلَ كالرَّغْوَةِ[2] فى الفَرْجِ ، يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . وقال أبو الخَطَّابِ : الرَّتْقُ أن يكونَ الفَرْجُ مَسْدُودًا . يعنى مُلْتَصِقًا لا يَدْخُلُ الذَّكَرُ فيه . والقَرنُ والعَفَلُ لَحْمٌ يَنْبُتُ فى الفَرْجِ فيَسُدُّه ، فهما فى مَعْنَى الرَّتْقِ ، إلَّا أنَّهما نَوْعٌ آخَرُ . وأمَّا الفَتْقُ فهو انْخِراقُ ما بينَ السَّبيلَيْن . وقيل : انخِرَاقُ ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِىِّ . وذَكَرَها أصحابُ الشافعيِّ سَبْعَةً ، أسْقَطُوا منها الفَتْقَ ، ومنهم مَن جَعَلَها سِتَّةً ، وجَعَلَ القَرْنَ والعَفَلَ شيئًا واحدًا . وإنَّما اخْتصَّ الفَسْخُ بهذه العُيُوبِ ؛ لأنَّها تَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ المَقْصُودَ بالنِّكاحِ ، فإنَّ الجُذامَ والبَرَصَ يُثِيران نَفْرَةً فى النَّفْسِ تَمْنَعُ قُرْبانَه ، ويُخْشَى تَعَدِّيه إلى النَّفْسِ والنَّسْلِ ، فيَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، والجُنُونُ يُثِيرُ نَفْرَةً ويُخْشَى ضَرَرُه ، والجَبُّ والرَّتْقُ يَتَعَذَّرُ معهما[3] الوَطْءُ ، والفَتْقُ يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ وفائِدَتَه ، وكذلك العَفَلُ ، على قولِ مَن فَسَّرَه بالرَّغْوَةِ .

فصل : فإنِ اخْتَلَفَا فى وُجُودِ العَيْبِ ، كمَن بجَسَدِه بَياضٌ يُمْكِنُ أن يكونَ بَهَقًا أو مرارًا[4] ، واخْتَلَفَا فى كونِه بَرَصًا ، أو كانت به علاماتُ

الإنصاف ....

(١) بعده فى م : « عن » .
(٢) بتثليث الراء .
(٣) فى الأصل : « معه » .
(٤) فى م : « برصا » .

المقنع

فَإِنِ اخْتَلَفَا فِى إِمْكَانِ الْجِمَاعِ بِالْبَاقِى ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ .

الشرح الكبير

الجُذامِ ، مِن ذَهابِ شَعَرِ الحاجِبَيْن ، فاخْتَلَفَا فى كونِه جُذامًا ، فإن كانت للمُدَّعِى بَيِّنَةٌ مِن أهلِ الخِبْرَةِ والثِّقَةِ ، يَشْهَدان بما قال ، ثَبت قولُه ، وإلَّا حَلَف المُنْكِرُ ، والقولُ قولُه ؛ لقولِ النبىِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »[1] . وإنِ اخْتَلَفَا فى عُيُوبِ النِّساءِ ، أُرِيتِ النِّساءَ الثِّقاتِ ، ويُقْبَلُ فيه قولُ امرأةٍ واحدةٍ ، فإن شَهِدَتْ بما قال الزَّوْجُ ، وإلَّا فالقولُ قولُ المرأةِ . وأمَّا الجُنونُ ، فإنَّه يُثْبِتُ الخِيارَ ، سَواءٌ كان مُطْبِقًا[2] أو كان يُجَنُّ فى الأحْيانِ ؛ لأنَّ النَّفْسَ لا تَسْكُنُ إلى مَن هذه حالُه ، [١٣٩/٦و] إلَّا أن يكونَ مريضًا يُغْمَى عليه ثم يَزُولُ ، فذلك مَرَضٌ لا يَثْبُتُ به خِيارٌ . فإن زَالَ المَرَضُ ودام به الإغْماءُ ، فهو كالجُنونِ ، يَثْبُتُ به الخِيارُ .

٣١٩٧ – مسألة : (فإنِ اخْتَلَفَا فى إمْكانِ الجماعِ) بما بَقِىَ مِن ذَكَرِه ، (فالقَوْلُ قَوْلُ المرأةِ) لأنَّه يَضْعُفُ بالقَطْعِ ، والأصْلُ عَدَمُ الوَطْءِ (ويَحْتَمِلُ أنَّ القولَ قولُه) كما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى العُنَّةِ ، ولأنَّ له ما يُمْكِنُ الجماعُ بمِثْلِه ، فأشْبَهَ مَن له ذَكَرٌ قَصِيرٌ .

الإنصاف

قوله : فإنِ اخْتَلَفَا فى إمْكانِ الجماعِ بالباقِى ، فالقَوْلُ قَوْلُها . هذا المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وجزَم به فى « الخُلاصَةِ »، و «الكافِى»، و «الوَجيزِ»، و « المُنَوِّرِ »، وغيرِهم . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ »، و «المُذْهَبِ»، و «المُسْتَوْعِبِ»،

---

(١) تقدم تخريجه فى ٤٧٨/١٢ .

(٢) فى الأصل : « مطلبا » .

المقنع

الثَّانِى ، أَنْ يَكُونَ عِنِّينًا لَا يُمْكِنُهُ الْوَطْءُ ، ....

الشرح الكبير

(الثانى ، أن يكونَ عِنِّينًا) العِنِّينُ ؛ هو العاجزُ عن إيلاجِ ذَكَرِه . وهو مَأْخُوذٌ مِن : عَنَّ . أى اعْتَرَضَ ؛ لأنَّ ذَكَرَه يَعِنُّ إذا أَرَادَ إيلاجَه ، أى يَعْتَرِضُ . وقيلَ : لأنَّه يَعِنُّ لقُبُلِ المرأةِ ، مِن[1] عن يَمِينِه وشِمالِه ، فلا يَقْصِدُه . فإذا كان الرجلُ كذلك فهو عَيْبٌ به ، وتَسْتَحِقُّ به المرأةُ فَسْخَ النِّكاحِ ، بعدَ أن تُضْرَبَ له مُدَّةٌ يُخْتَبَرُ فيها ، ويُعْلَمُ حالُه بها . وهذا قولُ عمرَ ، وعثمانَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرَةِ ابنِ شُعْبَةَ ، رَضِىَ اللهُ عنهم . وبه قال سعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وعطاءٌ ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، والنَّخَعِىُّ ، وقَتادَةُ ، وحَمَّادُ بنُ أبى سليمانَ . وعليه فَتْوَى فُقَهاءِ الأمْصارِ ؛ منهم مالكٌ ، وأبو حنيفةَ ، وأصحابُه ، والثَّوْرِىُّ ، والأَوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ . وشَذَّ الحَكَمُ [2]بنُ عُتَيْبَةَ[2] ، وداودُ ، فقالا : لا يُؤَجَّلُ ، وهى امرأتُه .

الإنصاف

و « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ »، و « النَّظْمِ »، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : قُبِلَ قَوْلُها فى الأصحِّ . ويحْتَمِلُ أنَّ القولَ قوْلُه . وهو لأبِى الخَطَّابِ ، واخْتارَه بعضُ الأصحابِ . ومحَلُّه ، ما لم تكُنْ بِكْرًا . صرَّح به فى « المُحَرَّرِ » وغيرِه . وهو واضِحٌ . وأطْلَقَهما فى « البُلْغَةِ » .

قوله : الثَّانى ، أَنْ يَكُونَ عِنِّينًا لا يُمْكِنُه الوَطْءُ . العِنِّينُ ؛ هو الذى لا يُمْكِنُه

(١) زيادة من : الأصل .
(٢ - ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

وروِىَ ذلك عن علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه ؛ لأنَّ امرأةً أتَتِ النبىَّ ﷺ ، فقالت : يا رسولَ اللهِ ، إنَّ رِفاعَةَ طَلَّقَنِى ، فبَتَّ طَلاقِى ، فتزَوَّجْتُ بعبدِ الرحمنِ بنِ الزَّبيرِ ، وإنَّما له مثلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ . فقالَ : « تُرِيدِينَ أنْ تَرْجِعِى إلى رِفَاعَةَ ؟ لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ[1] ، ويَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ »[2] . ولم يَضْرِبْ له مُدَّةً . ولَنا ، ما رُوِىَ أنَّ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، أجَّلَ العِنِّينَ سَنَةً . ورَوَى ذلك الدَّارَقُطْنِىُّ[3] ، عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، والمُغِيرَةِ بنِ شُعْبَةَ . ولا مُخالِفَ لهم . ورَواه أبو حَفْصٍ عن علىٍّ[4] . ولأنَّه عَيْبٌ يَمْنَعُ الوَطْءَ ، فأثْبَتَ الخِيارَ ، كالجَبِّ فى الرجلِ ، والرَّتْقِ فى المرأةِ . فأمَّا الخَبَرُ ، فلا حُجَّةَ لهم فيه ؛ فإنَّ المُدَّةَ إنَّما تُضْرَبُ[5] له مع اعْتِرافِه ، وطَلَبِ المرأةِ ذلك ، ولم يُوجَدْ واحدٌ منهما . وقد رُوِىَ أنَّ الرجلَ أنْكَرَ ذلك ، وقال : إنِّى

الإنصاف

الوَطْءُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وقيل : هو الذى له ذَكَرٌ ولا ينْتَشِرُ . [٣٣/٢و] .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٤١١ .

(٣) فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطنى ٣٠٥/٣ ، ٣٠٦ . كما أخرجه عنهم عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٥٣/٦ ، ٢٥٤ . وابن أبى شيبة ، فى : باب كم يؤجل العنين ، من كتاب النكاح . المصنف ٢٠٦/٤ - ٢٠٨ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٢٦/٧ . وانظر الإرواء ٣٢٢/٦ - ٣٢٦ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٥٤/٦ . وابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٢٠٦/٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٢٧/٧ .

(٥) فى الأصل : « تصرف » .

المقنع فَإِنِ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، أُجِّلَ سَنَةً مُنْذُ تُرَافِعُهُ ، فَإِنْ وَطِئَ فِيهَا ، وَإِلَّا

الشرح الكبير لأعْرُكُها عَرْكَ الأدِيمِ[1] . وقال ابنُ عبدِ البرِّ[2] : وقد صَحَّ أنَّ ذلك كان بعدَ طَلاقِه ، فلا مَعْنَى لضَرْبِ المُدَّةِ . [3]وصَحَّحَ ذلك[3] قولُ النبيِّ ﷺ : « تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ » . ولو كان قبلَ طَلاقِه لَما كان ذلك إليها . وقيلَ : إنَّها ذَكَرَتْ ضَعْفَه ، وشَبَّهَتْه بهُدْبَةِ الثَّوْبِ مبالغةً ، ولذلك قال النبيُّ ﷺ : « حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَه » . والعاجِزُ عن الوَطْءِ لا يَحْصُلُ منه ذلك .

٣١٩٨ - مسألة : فإنِ ادَّعَتْ ذلك ، أُجِّلَ سنةً مُنْذُ تُرافِعُه . وجملةُ ذلك ، أنَّ المرأةَ إذا ادَّعَتْ عَجْزَ زَوْجِها عن وَطْئِها لعُنَّةٍ ، [٦/١٣٩ظ] سُئِلَ عن ذلك ، فإن أنْكَرَ وهى عَذْراءُ ، فالقولُ قولُها ، وإن كانت ثَيِّبًا ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، فى ظاهرِ المذهبِ ؛ لأنَّ الأصْلَ السَّلامَةُ ، ولأنَّ هذا أمْرٌ لا يُعْرَفُ إلَّا مِن جِهَتِه . وقال القاضى : هل يُسْتَحْلَفُ ؟ على وَجْهَيْن ، بِناءً على دَعْوَى الطَّلاقِ .

٣١٩٩ - مسألة : (فإنِ اعْتَرَفَ بذلك) ، أو قامت بَيِّنَةٌ على إقْرارِه به ، فأنْكَرَ ، فطَلَبَتْ يَمِينَه فنَكَلَ ، ثَبَت عَجْزُه (ويُؤَجَّلُ سَنَةً) فى قولِ

الإنصاف قوله : فَإِنِ اعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، أُجِّلَ سَنَةً منذُ تُرَافِعُهُ ، فإنْ وَطِيءَ فيها ، وإلَّا فلها

(١) أخرجه البخارى بلفظ : إنى لأنفضها نفض الأديم . فى : باب ثياب الخضر ، من كتاب اللباس . صحيح البخارى ١٩٢/٧ .

(٢) انظر : التمهيد ٢٢٥/١٣ ، الاستذكار ١٥٣/١٦ .

(٣ - ٣) فى م : « صح ذلك فى » .

المقنع فَلَهَا الْفَسْخُ ، ....

الشرح الكبير عامَّةِ أهلِ العلمِ . (١)وعن الحارثِ بن عبدِ اللهِ بن أبى رَبيعَةَ(١) ، أنه أجَّل رجلًا عَشَرَةَ أشْهُرٍ . ولَنا ، قولُ مَن سَمَّيْنا مِن الصحابَةِ ، ولأنَّ هذا العَجْزَ قد يكونُ لعُنَّةٍ ، وقد يكونُ لمَرَضٍ ، فضُرِبَ له سَنَةٌ ، لتَمُرَّ به الفصولُ الأرْبَعَةُ ، فإن كان مِن يُبْسٍ زَالَ فى فصلِ الرُّطُوبَةِ ، وإن كان مِن رُطوبَةٍ زَالَ فى فصلِ اليُبْسِ ، وإن كان مِن بُرودَةٍ(٢) زَالَ فى فَصْلِ الحَرارَةِ ، وإن كان مِن انْحِرافِ مِزاجٍ زَالَ فى فصلِ الاعْتِدالِ . فإذا مَضَتِ الفُصولُ الأرْبعةُ ، واخْتَلَفَتْ عليه(٣) الأهْوِيَةُ فلم يَزُلْ ، عُلِمَ أنَّه خِلْقَةٌ . وحُكِىَ

الإنصاف الفَسْخُ . إذا اعْتَرَفَ بالعُنَّةِ ، أو أقامَتْ هى بَيِّنَةً بها ، أُجِّلَ سَنَةً . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، نصَّ عليه ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ، وقطَع به أكثرُهم ؛ منهم صاحِبُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » ، و « المُنَوِّرِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . قال فى « الفُروعِ » : هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المذهبُ المَنْصوصُ ، والمُخْتارُ لعامَّةِ الأصحابِ . انتهى . واخْتارَ جماعَةٌ مِنَ

(١ - ١) فى النسختين : « الحارث بن ربيعة » . وهو الحارث بن عبد الله بن أبى ربيعة بن المغيرة المخزومى المكى ، الأمير متولى البصرة لابن الزبير ، لقب بالقُبَاع باسم مكيال وضعه لهم ، حدث عن عمر وعائشة وأم سلمة ومعاوية . أسد الغابة ٣٩١/١ ، ٣٩٢ ، سير أعلام النبلاء ١٨١/٤ ، ١٨٢ .
والأثر أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٢٠٦/٤ ، ٢٠٧ .

(٢) فى الأصل : « برد » .

(٣) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

عن أبى عُبَيْدٍ أنَّه قال : أهلُ الطِّبِّ يقولون : الدَّاءُ لا يَسْتَجِنُّ فى البَدَنِ أكثرَ مِن سَنَةٍ ، ثم يَظْهَرُ . وابْتِداءُ السَّنَةِ منذُ تُرافِعُه . قال ابنُ عبدِ البَرِّ[1] : على هذا جماعةُ القائلين بتأْجيله ، قال مَعْمَرٌ ، فى حديثِ عمرَ : يُؤَجَّلُ سَنَةً مِن يوم تُرافِعُه [2] . فإذا انْقَضَتِ المُدَّةُ ، فلم يَطَأْ ، فلها الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ .

الإنصاف

الأصحابِ ، أنَّ لها الفَسْخَ فى الحالِ ؛ منهم أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبيهِ » ، والمَجْدُ فى « المُحَرَّرِ » .

تنبيه : مفْهومُ قوْلِه : فإنِ اعْتَرَفَ بذلك ، أُجِّلَ . أنَّه لو أنْكَرَ ، لا يُؤَجَّلُ ما لم تَقُمْ بَيِّنَةٌ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، اخْتارَه القاضى فى « التَّعْليقِ » . قال فى « الفُروعِ » : والأصحُّ لا يُؤَجَّلُ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقيل : يُؤَجَّلُ . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وقالَه القاضى فى « التَّعْليقِ » أيضًا ، فى مَوْضِعٍ آخَرَ . وعنه ، يُؤَجَّلُ للبِكْرِ . فعلى المذهبِ ، يحْلِفُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قال فى « الفُروعِ » : ويحْلِفُ فى الأصحِّ . قال الزَّرْكَشِىُّ : يحْلِفُ ، على الصَّحيحِ مِنَ الوَجْهَيْن . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » . وقيل : لا يحْلِفُ . وأطْلَقَهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم .

---

(١) فى : التمهيد ١٣/٢٢٦ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٦/٢٥٣ .

المقنع

. . . .

الشرح الكبير

. . . .

الإنصاف

قال القاضى : الوَجْهان مَبْنِيَّان على دَعْوَى الطَّلاقِ . فعلى المذهبِ ، لو نَكَل ، أُجِّلَ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « المُنَوِّرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و «الفُروعِ» . وقيل : تُرَدُّ اليَمِينُ ، فيَحْلِفُ ويُؤَجَّلُ .

فائدتان ؛ إحْداهما ، المُرادُ بالسَّنةِ هنا ، السَّنَةُ الهِلالِيَّةُ ، اثْنا عَشَرَ شَهْرًا هِلالِيًّا . قال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : هذا هو المَفْهومُ مِن كَلامِ العُلَماءِ ، فإنَّهم حيث أطْلَقُوا السَّنَةَ أرادُوا بها الهِلالِيَّةَ . قال : ولكِنَّ تعْلِيلَهم بالفُصولِ يُوهِمُ خِلافَ ذلك . قال ابنُ رَجَبٍ : وقَرَأْتُ بخَطٍّ وَلَدِ أبِى المَعالِى ابنِ مُنَجَّى[1] ، يحْكِى عن والِدِه ، أنَّ المُرادَ بالسَّنَةِ هنا ، هى الشَّمْسِيَّةُ الرُّومِيَّةُ ؛ لأنَّها هى الجامِعَةُ للفُصولِ الأرْبَعَةِ التى تخْتَلِفُ الطِّباعُ باخْتِلافِها ، بخِلافِ الهِلالِيَّةِ . قال : وما أظُنُّه أخذَ ذلك إلَّا مِن تعْليلِ الأصحابِ ، لا مِن تصْريحِهم به . انتهى . قلتُ : الخَطْبُ فى ذلك يَسِيرٌ ، والمُدَّةُ مُتَقارِبَةٌ ؛ فإنَّ زِيادَةَ السَّنَةِ الشَّمْسِيَّةِ على السَّنَةِ الهِلالِيَّةِ أحَدَ عَشَرَ يَوْمًا ورُبْعُ يَوْمٍ ، أو وخُمْسُ يَوْمٍ . الثَّانيةُ ، لو اعْتَزَلَتِ المَرْأَةُ الرَّجُلَ ، لم تُحْتَسَبْ عليه مِنَ المُدَّةِ ، ولو عزَل نفْسَه أو سافَرَ ، احْتُسِبَ عليه ذلك . ذكَرَه فى « البُلْغَةِ » . وذكَرَ فى « عُمَدِ الأدِلَّةِ » احْتِمالَيْن ؛ هل يُحْتَسَبُ عليه فى مُدَّةِ نُشوزِها ، أم لا ؟ ووقَع للقاضى فى « خِلافِه » تَرَدُّدٌ . وذكَر فيه أيضًا ، أنَّه لا يُحْتَسَبُ عليه بمُدَّةِ الرَّجْعَةِ .

---

(١) هو عمر بن أسعد بن المنجى بن بركات ، التنوخى ، شمس الدين ، أبو الفتوح ، تفقه على والده ، وولى قضاء حران ، وكان عارفا بالقضاء بصيرا بالشروط والحكومات والمسائل الغامضات ، صدرا نبيلا ، له كتاب « المعتمد والمعول » . توفى سنة إحدى وأربعين وستمائة . ذيل طبقات الحنابلة ٢/٢٢٥ ، ٢٢٦ .
ونقل ابن رجب عنه موجود فى صفحة ٢٢٦ .

المقنع

فَإِنِ اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً ، بَطَلَ كَوْنُهُ عِنِّينًا ، ....

الشرح الكبير

٣٢٠٠ - مسألة : (فإنِ اعْتَرَفَتْ أنَّه وَطِئَها مَرَّةً ، بَطَل كَوْنُه عِنِّينًا) أكثرُ أهلِ العلمِ على هذا ، يقولون : متى وَطِئَ امْرَأتَه مرةً ، ثم ادَّعَتْ عَجْزَه ، لم تُسْمَعْ دَعْوَاها ، ولم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ . منهم عَطاءٌ ، وطاوُسٌ ، والحسنُ ، ويَحْيَى الأنْصارِىُّ ، والزُّهْرِىُّ ، وعمرُو بنُ دينارٍ ، وقَتادَةُ ، ومالكٌ ، والأوْزاعِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْىِ . وقال أبو ثَوْرٍ : إذا عَجَز عن وَطْئِها أُجِّلَ لها[1] ؛ لأنَّه عَجَز عن وَطْئِها ، فثَبَتَ حَقُّها ، كما لو وَجَب بعدَ الوَطْءِ . ولَنا ، أنَّه قد تَحَقَّقَتْ قُدْرَتُه على الوَطْءِ فى هذا النِّكاحِ ، وزَوالُ عُنَّتِه ، فلم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، كما لو لم يَعْجِزْ[2] ، ولأنَّ حُقُوقَ الزَّوْجِيَّةِ ، مِن اسْتِقْرارِ المَهْرِ والعِدَّةِ ، تَثْبُتُ بوَطْءٍ واحدٍ ، وقد وُجِدَ . [3]وأمّا الجَبُّ[3] ، فإنَّه يَتَحَقَّقُ به العَجْزُ[4] ، فافْتَرَقا .

فصل : وإن عَلِمَتْ أنَّ عَجْزَه عن الوَطْءِ لعارِضٍ ؛ مِن صِغَرٍ ، أو

الإنصاف

تنبيه : شَمِلَ قَوْلُه : فَإنِ اعْتَرَفَتْ أنَّه وَطِئَها مَرَّةً ، بطَل كَوْنُه عِنِّينًا . الوَطْءَ فى الحَيْضِ ، والإحْرامِ ، وغيرِهما . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ ، وعليه جماهِيرُ الأصحابِ . وقيل : لا يَبْطُلُ كَوْنُه عِنِّينًا بوَطْئِه فى الحَيْضِ والإحْرامِ . قال القاضى : هذا قِياسُ المذهبِ . قلتُ : هذا ضعيفٌ جِدًّا .

(١) فى م : « له » .

(٢) فى م : « يكن » .

(٣ - ٣) فى م : « ما أوجبه » .

(٤) فى الأصل : « الجب » .

الشرح الكبير

مَرَضٍ مَرْجُوٍّ الزَّوالِ ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ؛ لأنَّ ذلك عارِضٌ يَزُولُ ، والعُنَّةُ لا تَزُولُ ؛ لأنَّها جِبِلَّةٌ وخِلْقَةٌ . وإن كان لكِبَرٍ ، أو مَرَضٍ لا يُرْجَى بُرْؤُه ، ضُرِبَتْ له المُدَّةُ ؛ لأنَّه فى مَعْنَى مَن خُلِقَ كذلك . وإن كان لِجَبٍّ ، أو شَلَلٍ ، ثَبَت الخِيارُ فى الحالِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ مَأْيُوسٌ منه ، فلا مَعْنَى لانتِظَارِه . وإن كان قد بَقِيَ مِن الذَّكَرِ ما لا[1] يُمْكِنُ الوَطْءُ به ، [2]فالأَوْلَى ضَرْبُ المُدَّةِ له ؛ لأنَّه فى مَعْنَى العِنِّينِ خِلْقَةً . وإنِ [٦/١٤٠و] اخْتُلِفَ فى القَدْرِ الباقى هل يُمْكِنُ الوَطْءُ به[2] أو لا ؟ رُجِع إلى أهلِ الخِبْرَةِ فى ذلك .

فصل : والوَطْءُ الذى يَخْرُجُ به مِن العُنَّةِ ، هو تغْيِيبُ الحَشَفَةِ فى الفَرْجِ ؛ لأنَّ الأحكامَ المُتَعَلِّقَةَ بالوَطْءِ تَتَعَلَّقُ به ، فإن كان الذَّكَرُ مَقْطُوعَ الحَشَفَةِ ، كَفاهُ تَغْيِيبُ قَدْرِ الحَشَفَةِ مِن الباقِى ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ، ليكونَ ما يَجْرِى مِن المَقْطُوعِ مثلَ ما يَجْرِى مِن الصحيحِ . والثانى ، لا يَخْرُجُ

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، يكْفِى فى زَوالِ العُنَّةِ تَغْيِيبُ الحَشَفَةِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه أكثرُ الأصحابِ . وقيل : يُشْتَرَطُ إيلاجُه جَمِيعُه . قطَع به القاضى فى « الجامعِ » . فعلى الأَوَّلِ ، يكْفِى تَغْيِيبُ قَدْرِ الحَشَفَةِ مِنَ الذَّكَرِ المَقْطُوعِ . قدَّمه فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » ، و « الزَّرْكَشِيِّ » . وقيل : يُشْتَرَطُ إيلاجُ بقِيَّتِه . قالَه القاضى فى « الجامعِ » . وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » . وذكَر الوَجْهَيْنِ فى « المُجَرَّدِ » . وأطْلَقَهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » .

---

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) سقط من : م .

المقنع

وَإِنْ وَطِئَهَا فِى الدُّبُرِ ، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، لَمْ تَزُلِ الْعُنَّةُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَزُولَ .

الشرح الكبير

مِن العُنَّةِ إلَّا بتغْيِيبِ جميعِ الباقِى ؛ لأنَّه[1] لا حَدَّ هٰهُنا يُمْكِنُ اعْتِبارُه ، فاعْتُبِرَ تَغْيِيبُ جميعِه ؛ لأنه المَعْنَى الذى يَتَحقَّقُ به حصولُ حُكْمِ الوَطْءِ . وللشافعىِّ قَوْلان كهذَيْن .

٣٢٠١ – مسألة : (وإن وَطِئَها فى الدُّبُرِ ، أو وَطِئَ غَيْرَها ، لم تَزُلِ العُنَّةُ . ويَحْتَمِلُ أن تَزُولَ) لأنَّ الدُّبُرَ ليس مَحَلًّا للوَطْءِ ، فأشْبَهَ الوَطْءَ فيما دونَ الفَرْجِ ، ولذلك لا يَتَعَلَّقُ به الإِحلالُ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، ولا الإِحْصانُ . وإن وَطِئَها فى القُبُلِ حائضًا ، أو نُفَساءَ ، أو مُحْرِمَةً ، أو صَائِمَةً ، خَرَج عن العُنَّةِ . وذَكَر القاضى أنَّ قِياسَ المذهبِ ، أن لا يَخْرُجَ عن العُنَّةِ ؛ لنَصِّ أحمدَ على أنه لا يَحْصُلُ به [2]الإِحْصانُ و[2] الإِباحَةُ للزَّوجِ الأوَّلِ ، ولأنَّه وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، أشْبَهَ الوَطْءَ فى الدُّبُرِ . ولَنا ، أنَّه وَطْءٌ فى مَحَلٍّ

الإنصاف

الثَّانيةُ ، لو وَطِئَها فى الرِّدَّةِ ، لم تَزُلْ به العُنَّةُ . ذكرَه القاضى محَلَّ وِفاقٍ مع الشَّافِعيَّةِ . قلتُ : ظاهِرُ كلامِ كثيرٍ مِنَ الأصحابِ زَوالُها بذلك . وهو الصَّوابُ .

قوله : وإنْ وَطِئَها فى الدُّبُرِ ، أو وَطِىءَ غيرَها ، لم تَزُلِ العُنَّةُ . وهو المذهبُ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « المُغْنِى » ، و « الكافِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، وغيرِهم .

---

(١) سقط من : الأصل .

(٢ – ٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

الوَطْءِ ، (١فخَرَجَ به عن العُنَّةِ ، كما لو وَطِئَها وهى مريضَةٌ يَضُرُّها الوَطْءُ ، ولأنَّ العُنَّةَ العَجْزُ عن الوَطْءِ ، فلا يَبْقَى مع وُجودِ الوَطْءِ١) ؛ لأنَّ العَجْزَ ضِدُّ القُدْرَةِ ، فلا يَبْقَى مع وجودِ ضِدِّه . وما ذَكَرَه غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ تلك الأحْكَامَ يجوزُ أن تَنْتَفِىَ(٢) مع وجُودِ سببِها لمانِعٍ ، أو فواتِ شَرْطٍ ، والعُنَّةُ فى نَفْسِها أمْرٌ حَقِيقِىٌّ ، لا يُتَصَوَّرُ بقاؤُه مع انْتِفائِه . وأمَّا الوَطْءُ فى الدُّبُرِ ، فليس بوَطْءٍ فى مَحَلِّه ، بخِلافِ مسألتِنا . وفيه قولٌ ، أنَّ العُنَّةَ تَزُولُ به . اخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ؛ لأنه أصْعَبُ ، فمَن قَدَر عليه فهو على غيرِه أقْدَرُ .

فصل : فإن وَطِئَ امْرَأَةً ، لم يَخْرُجْ به مِن العُنَّةِ فى حَقِّ غيرِها . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ أنَّه يَخْرُجُ عن العُنَّةِ فى حَقِّ جميعِ النِّساءِ ، فلا تُسْمَعُ دَعْوَاها عليه منها ولا مِن غيرِها . وهذا مُقْتَضَى قولِ أبى بكرٍ ، وقولِ مَن قال :

الإنصاف

وَيَحْتَمِلُ أنْ تَزُولَ . وهو وَجْهٌ . قال فى « الهِدايَةِ » : ويُخَرَّجُ على قَوْلِ الخِرَقِىِّ ، أنَّها تَزُولُ . قال فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، [٢/٣٣ظ] و « المُسْتَوْعِبِ » : لم تَزُلِ العُنَّةُ على قَوْلِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « المُنَوِّرِ » . وهو مُقْتَضَى قَوْلِ أبِى بَكْرٍ ، واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ . وهو ظاهِرُ ما جزَم به ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » ؛ فإنَّه قال : وتَزُولُ بإيلاجِ الحَشَفَةِ فى فَرْجٍ . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وأطْلَقَهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، و « الفُروعِ » . وقال : لاخْتِلافِ أصحابِنا فى إمْكانِ طَرَيانِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى م : « تبقى » .

الشرح الكبير

إنَّه يُخْتَبَرُ بتَزْوِيجِ امرأةٍ أُخْرَى . ويُحْكَى ذلك عن سَمُرَةَ ، وعمرَ بنِ عبدِ العزيزِ ، قالوا : لأنَّ العُنَّةَ خِلْقَةٌ وجِبِلَّةٌ لا تَتَغَيَّرُ بتَغَيُّرِ النِّساءِ ، فإذا انْتَفَتْ فى حَقِّ امرأةٍ ، لم تَبْقَ فى حَقِّ غيرِها . ولَنا ، أنَّ حُكْمَ كلِّ امرأةٍ مُعْتَبَرٌ بنفسِها ، ولذلك لو ثَبَتَتْ عُنَّتُه فى حَقِّهِنَّ ، فرَضِىَ بعضُهُنَّ ، سَقَط حَقُّها وحدَها دونَ الباقياتِ ، ولأنَّ الفَسْخَ لدَفْعِ الضَّرَرِ الحاصلِ بالعَجْزِ عن وَطْئِها ، وهو ثابتٌ فى حقِّها لا يَزُولُ بوَطْءِ غيرِها . وقولُه : كيفَ يَصِحُّ العَجْزُ عن واحدةٍ دونَ أُخْرَى ؟ قُلْنا : قد تَنْهَضُ شَهْوَتُه فى حقِّ إحدَاهما ، لفَرْطِ حُبِّه إيَّاها ، ومَيْلِه إليها ، واخْتِصاصِها بكمالٍ[1] ونَحْوِه[2] دونَ الأُخْرَى . فعلى هذا ، لو تَزَوَّجَ امْرأةً فأصابَها ، ثم أبانَها ، ثم تزَوَّجَها ، فعَنَّ [3]عنها ، فلها[3] المُطَالَبَةُ ؛ لأنَّه إذا جاز [٦/١٤٠ظ] أن يَعِنَّ عن امرأةٍ دونَ أُخْرَى ، ففى نِكاحٍ دونَ نِكاحٍ أوْلَى . ومُقْتَضَى قولِ أبى بكرٍ ومَن وافقَه ، لا يَصِحُّ هذا ، بل متَى وَطِئَ امرأةً ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه أبدًا .

الإنصاف

العُنَّةِ . على ما فى « التَّرْغِيبِ » وغيرِه ، وعلى ما فى « المُغْنِى » وغيرِه ، ولو أمْكَنَ ؛ لأنَّه بمَعْناه ، ولهذا جزَم بأنَّه لو عَجَز لكِبَرٍ ، أو مرَضٍ لا يُرْجَى بُرْؤُه ، ضُرِبَتِ المُدَّةُ . انتهى . قلتُ : قال فى « البُلْغَةِ » : اخْتَلَفَ أصحابُنا ؛ هل يُمْكِنُ طَرَيانُها ؟ على وَجْهَيْن . ويَنْبَنِى عليها ، لو تَعَذَّرَ الوَطْءُ فى إحْدَى الزَّوْجَتَيْن ، أو كان يُمْكِنُ فى الدُّبُرِ دُونَ غيرِه . وقال فى « الرِّعايَتَيْن » : وإنْ وَطِىءَ غيرَها ، أو وَطِئَها

---

(١) فى الأصل : « بحال » . وفى المغنى ١٠/٩٠ : « بجمال » .
(٢) فى م : « لوجه » .
(٣ - ٣) فى م : « أحمد لها » .

المقنع

وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، وَقَالَتْ : إِنَّهَا عَذْرَاءُ . وَشَهِدَ بِذَلِكَ امْرَأَةٌ ثِقَةٌ ، فَالْقَولُ قَوْلُهَا ، [٢٠٩ظ] وَإِلَّا فَالْقَولُ قَوْلُهُ .

الشرح الكبير

٣٢٠٢ – مسألة : (وإنِ ادَّعى أنَّه وَطِئَها ، وقالت : إنَّها عَذْراءُ . فشَهِدَتْ بذلك امرأةٌ ثِقَةٌ ، فالقولُ قولُها ، وإلَّا فالقولُ قولُه) إذا ادَّعتِ المرأةُ عُنَّةَ زَوْجِها ، فادَّعَى أنَّه وَطِئَها ، وقالت : إنَّها عَذْراءُ . أُرِيَتِ النِّساءَ الثِّقَاتِ ، فإن شَهِدْنَ بعُذْرَتِها ، فالقولُ قولُها ، ويُقْبَلُ فى بَقاءِ عُذْرَتِها شَهادَةُ امرأةٍ واحدةٍ ، كالرَّضاعِ ، ويُؤَجَّلُ[1] . وبهذا قال الثَّوْرِىُّ ، والشافعىُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْىِ ؛ لأنَّ الوَطْءَ يُزِيلُ العُذْرَةَ ، فوُجُودُها يَدُلُّ على عَدَمِ الوَطْءِ . فإنِ ادَّعَى أنَّ عُذْرَتَها عادَتْ بعدَ الوَطْءِ ، فالقولُ قولُها ؛ لأنَّ هذا بعيدٌ جدًّا ، وإن كان مُتَصَوَّرًا . وهل تُسْتَحْلَفُ

الإنصاف

فى الدُّبُرِ ، أو فى نِكاحٍ آخَرَ ، لم تَزُلْ عُنَّته ؛ لأنَّها قد تَطْرَأُ فى الأصحِّ . وقيل : تَزولُ ، كمَن أقرَّتْ أنَّه وَطِئَها فى هذا النِّكاحِ . قال الزَّرْكَشِىُّ : ولعَلَّ هذين الوَجْهَيْن مَبْنِيَّان على تَصَوُّرِ طَرَيانِ العُنَّةِ . وقد وقَع للقاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، أنَّها لا تَطْرَأُ ، وكلامُهما هنا يدُلُّ على طَرَيانِها .

قوله : وإنِ ادَّعَى أنَّه وَطِئَها ، وَقالَتْ : إنَّها عَذْراءُ . وشَهِدَ بذلك امْرَأَةٌ ثِقَةٌ ، فالقَوْلُ قَوْلُها . الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ ، أنَّه يكْفِى شَهادَةُ امْرَأَةٍ ثِقَةٍ ، كالرَّضاعِ ، وعليه الأصحابُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هى المَشْهورَةُ . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الرِّعايَةِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يُقْبَلُ إلَّا اثْنَتان . وأطْلَقهما فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » .

---

(١) بعده فى م : « الرجل » .

الشرح الكبير

المرأةُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْن ؛ أحدُهما ، تُسْتَحْلَفُ ؛ لإزالَةِ هذا الاحْتِمالِ ، كما يُسْتَحْلَفُ سائرُ مَن قُلْنا : القولُ قولُه . والآخرُ ، لا تُسْتَحْلَفُ ؛ لأنَّ ما يَبْعُدُ جدًّا لا الْتِفاتَ إليه ، كاحْتِمالِ كَذِبِ البَيِّنَةِ العادِلَةِ ، وكَذِبِ المُقِرِّ فى إقْرارِه . وهل يُقْبَلُ قولُ امرأةٍ واحِدَةٍ ؟ على رِوايَتَيْن ؛ إحدَاهما ، تُقْبَلُ فيه شَهادَةُ واحدةٍ ، كالرَّضاعِ . والثانيةُ ، لا يُقْبَلُ فيه إلَّا اثنتانِ ؛ لأنَّ ما يُقْبَلُ فيه شهادَةُ الرِّجالِ لا يُقْبَلُ فيه إلَّا اثنان ، فالنِّساءُ أوْلَى .

فصل : وإن لم يَشْهَدْ لها أحدٌ ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ السَّلامَةُ فى الرِّجالِ وعَدَمُ العُيُوبِ ، ودَعْواه تَتَضَمَّنُ سلامةَ العَقْدِ وصِحَّتَه ، ويَسْقُطُ حُكْمُ قولِها ، لتَبَيُّنِ كَذِبِها . فإنِ ادَّعتْ أنَّ عُذْرَتَها زَالَتْ بسَبَبٍ آخَرَ[1] ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الأسْبابِ .

الإنصاف

فلو قال : أزلْتُ بَكارَتَها ، ثم عادَتْ . وأنْكَرَتْ هى ، كان القَوْلُ قوْلَها . بلا نِزاعٍ ، ويحْلِفُ ، على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قطَع به القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، وابنُ الجَوْزِىِّ فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، والسَّامَرِّىُّ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، وأبو المَعالِى فى « الخُلاصَةِ » ، والمَجْدُ ، وغيرُهم . وقيل : لا يَمِينَ عليها . ويحْتَمِلُه كلامُ الخِرَقِىِّ ، وابنِ أبِى مُوسى . قالَه الزَّرْكَشِىُّ .

فائدة : لو تزوَّجَ بِكْرًا ، فادَّعَتْ أنَّه عِنِّينٌ ، فكَذَّبَها ، وادَّعَى أنَّه أصابَها ، وظهَرَتْ ثَيِّبًا ، فادَّعَتْ أنَّ ثُيوبَتَها بسَبَبٍ آخَرَ ، فالقَوْلُ قوْلُ الزَّوْجِ . ذكَره الأصحابُ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةَ عَشْرَةَ » : ويتَخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ .

---

(1) فى م : « أحد » .

المقنع فَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَعَنْهُ ، الْقَوْلُ قَوْلُهَا .

الشرح الكبير **٣٢٠٣** – مسألة : (وإن كانت ثَيِّبًا ، فالقولُ قولُه) لِما ذَكَرْنا . ولأنَّ هذا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ عليه ، فقُبِلَ قولُه فيه مع يَمِينِه . وبهذا قال الثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ، وابنُ المُنْذِرِ ؛ لأنَّ هذا ممّا تَتَعَذَّرُ إقامَةُ البَيِّنَةِ (١عليه ، وجَنْبَتُه١) أقْوَى ، فإنَّ دَعْوَاه سلامةُ العَقْدِ ، وسلامَةُ نَفْسِه مِن العُيُوبِ ، والأصلُ السَّلامَةُ ، فكان القولُ قولَه ، كالمُنْكِرِ فى سائرِ الدَّعاوَى ، وعليه اليَمِينُ على صِحَّةِ ما قال . وهذا قولُ مَن سَمَّيْنا هٰهُنا ؛ لأنَّ قولَه مُحْتَمِلٌ للكَذِبِ ، فقَوَّيْنا قولَه بيَمِينِه ، كما فى سائرِ الدَّعاوَى التى يُسْتَحْلَفُ فيها . فإن نَكَل ، قُضِىَ عليه بنُكولِه ، ويَدُلُّ على وُجُوبِ اليَمِينِ قولُ النبىِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ اليَمِينَ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ »(٢) . قال القاضى : ويَتَخَرَّجُ أن لا يُسْتَحْلَفَ ، بِناءً(٣) على إنْكارِه دَعْوَى الطَّلاقِ ، فإنَّ فيها رِوايَتَيْن ، كذا هٰهُنا . والصَّحيحُ أنَّه يُسْتَحْلَفُ ؛ لدَلالةِ الخَبَرِ والمَعْنَى عليه (و) رُوِىَ (عن أحمدَ) أنَّ (القولَ قولُها) مع

الإنصاف قوله : فإنْ كانَتْ ثَيِّبًا ، فالقَوْلُ قَوْلُه . هذا إحْدَى الرِّواياتِ . جزَم به فى « العُمْدَةِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « مُنْتَخَبِ الأزَجِىِّ » ، وغيرِهم . واخْتارَه القاضى فى كِتابِ « الرِّوايتَيْن » ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ ، فى « تَذْكِرَتِه » . وعنه ، القَوْلُ قَوْلُها . وهو المذهبُ . قدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ،

(١ – ١) فى م : « ويمينه » .
(٢) تقدم تخريجه فى ١٢/٤٧٨ .
(٣) سقط من : م .

المقنع

وَقَالَ الْخِرَقِىُّ : يُخلَى مَعَهَا فِى بَيْتٍ ، وَيُقَالُ لَهُ : أَخْرِجْ مَاءَكَ عَلَى شَىْءٍ . فَإِنِ ادَّعَتْ أَنَّهُ لَيْسَ بِمَنِىٍّ ، جُعِلَ عَلَى النَّارِ ، فَإِنْ ذَابَ ، فَهُوَ مَنِىٌّ ، وَبَطَلَ قَوْلُهَا .

الشرح الكبير

يَمِينِها . حَكاها القاضى فى « المُجَرَّدِ » ؛ لأنَّ الأَصْلَ عدَمُ الإِصَابَةِ ، فكانَ القولُ قولَها ؛ لأَنَّه مُوافِقٌ للأَصْلِ ، واليَقِينُ معها (وقال الخِرَقِىُّ : يُخْلَى معها فى بَيتٍ ، ويقالُ له : أَخرِجْ ماءَك على [٦/١٤١و] شيءٍ . فإنِ ادَّعَتْ أَنَّه ليس بمَنِىٍّ ، جُعِلَ على النَّارِ ، فإن ذَابَ ، فهُو مَنِىٌّ ، وبَطَل قولُها) هكذا حَكاه الخِرَقِىُّ عن أحمدَ . فعلى هذا ، إن أَخْرَجَ ماءَه ، فالقولُ قولُه ؛ لأنَّ العِنِّينَ يَضْعُفُ عن الإِنْزالِ ، فإذا أَنْزَلَ تَبَيَّنَّا صِدْقَه ، فَنَحْكُمُ به . وهو مذهبُ عَطاءٍ . فإنِ ادَّعَتْ أَنَّه ليس بمَنِىٍّ ، جُعِلَ على النارِ ، فإن ذابَ فهو مَنِىٌّ ؛ لأَنَّه يُشْبِهُ بياضَ البَيْضِ ، وذلك إذا وُضِعَ على النارِ تَجَمَّعَ ويَبِسَ ، وهذا يَذُوبُ ، فيَتَمَيَّزُ بذلك أَحَدُهما مِن الآخَرِ ، فيُخْتَبَرُ به . وعلى هذا ، متى عَجَز عن إخْراجِ مائِه ، فالقولُ قولُ المرأةِ ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ معها . وفى

الإنصاف

و « النَّظْمِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقال الخِرَقِىُّ : يُخْلَى معها فى بَيْتٍ ، ويُقالُ له : أَخْرِجْ ماءَك على شيءٍ . فإنِ ادَّعَتْ أنَّه ليس بمَنِىٍّ ، جُعِلَ على النَّارِ ، فإنْ ذابَ ، فهو مَنِىٌّ ، وبطَل قوْلُها . وهو رِوايَةٌ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ . نقَلَها مُهَنَّا ، وأبو داودَ ، وأبو الحارِثِ وغيرُهم . واخْتارَها القاضى ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ . وجزَم به ناظِمُ المُفْرَداتِ . وهو منها . فعلى هذا ، لو ادَّعَتْ أنَّه مَنِىُّ غيرِه ، فقال فى « المُبْهِجِ » : القَوْلُ قوْلُها . وظاهِرُ كلامِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه

الشرح الكبير

كلِّ مَوْضِعٍ حَكَمْنا بوَطْئِه بَطَل [(1)]حُكْمُ عُنَّتِه[(1)] ، فإن كان فى ابْتِداءِ الأمْرِ ، لم تُضْرَبْ له مُدَّةٌ ، وإن كان بعدَ ضَرْبِ المُدَّةِ ، انْقَطَعَتْ ، وإن كان بعدَ انْقِضائِها ، لم يَثْبُتْ له خِيارٌ . وكلُّ مَوْضِعٍ حَكَمْنا بعَدَمِ الوَطْءِ منه ، حَكَمْنا بعُنَّتِه ، كما لو أقَرَّ بها . واخْتارَ أبو بكرٍ أنَّه يُزَوَّجُ امرأةً لها حَظٌّ مِن الجَمالِ ، وتُعْطَى صَداقَها مِن بيتِ المالِ ، ويُخْلَى معها[(2)] ، وتُسْأَلُ عنه ، ويُؤْخَذُ بما تقولُ ، فإن أخْبَرَتْ بأنَّه يَطَأُ ، كُذِّبَتِ الأُولَى ، والثَّانِيَةُ بالخيارِ بينَ الإِقامَةِ والفَسْخِ ، وإن كَذَّبَتْه ، فُرِّقَ بينَه وبينَهما[(3)] ، وصَداقُ الثانيةِ مِن مالِه هٰهُنا ؛ لِما رُوِىَ أنَّ امرأةً جاءت إلى سَمُرَةَ ، فشَكَتْ إليه أنَّه لا يَصِلُ إليها زَوْجُها ، فكَتَبَ إلى معاوِيةَ ، فكَتَبَ إليه أن زَوِّجْه امرأةً ذاتَ جمالٍ ، يُذْكَرُ عنها الصَّلاحُ ، وسُقْ إليها مِن بيتِ المالِ عنه ، فإن أصابَها فقد كَذَبَتْ ، وإن لم يُصِبْها فقد صَدَقَتْ . فَفَعَلَ[(4)]

الإنصاف

اللهُ ، فى رِوايَةِ أبى داودَ ، أنَّ القَوْلَ قوْلُه . قلتُ : وهو الصَّوابُ . وقال أبو بَكْرٍ فى « التَّنْبِيهِ » : يُزَوَّجُ امْرأةً مِن بَيْتِ المالِ . قال القاضى : لها دِينٌ . وقال المُصَنِّفُ : لها حَظٌّ مِنَ الجَمالِ . فإنْ ذكَرَتْ أنَّه قرَبَها ، كُذِّبَتِ الأُولَى ، وخُيِّرَتِ الثَّانيةُ فى الإِقامَةِ والفِراقِ ، ويكونُ الصَّداقُ مِن بَيْتِ المالِ ، وإنْ كذَّبَتْه ، فُرِّقَ بينَه وبينَ الأُولَى ، وكان الصَّداقُ عليه مِن مالِه . واعْتَمَدَ فى ذلك على أثَرٍ رَواه عن سَمُرَةَ ، وضعَّفَه الأصحابُ ، ورَدُّوه ، منهم المُصَنِّفُ .

(1 - 1) فى الأصل : « حكمه وعنته » .

(2) سقط من : م .

(3) فى الأصل : « وبينها » .

(4) فى الأصل : « فعلى » .

الشرح الكبير

ذلك سَمُرَةُ ، فجاءتِ المرأةُ فقالت : ليس عندَه شيءٌ . ففرَّقَ بينَهما . وقال الأوْزاعِيُّ : تَشهَدُه امْرَأتان ، ويُتْرَكُ بينَهما ثَوْبٌ ، ويُجامِعُ امْرَأتَه ، فإذا قام عنها نَظَرَتا إلى فَرْجِها ، فإن كان فيه رُطُوبَةُ الماءِ فقد صَدَق ، وإلَّا فلا . وحُكِيَ عن مالكٍ مثلُ ذلك ، إلَّا أنه اكْتَفَى بواحِدَةٍ . والصحيحُ أنَّ القولَ قولُه ؛ لِما ذَكَرْنا ، وكما لو ادَّعَى الوَطْءَ فى الإيلاءِ . واعتبارُ خُرُوجِ الماءِ ضَعِيفٌ ؛ لأنَّه قد يَطَأُ ولا يُنْزِلُ ، وقد يُنْزِلُ مِن غيرِ وَطْءٍ ، فإنَّ ضَعْفَ الذَّكَرِ لا يَمْنَعُ سَلامةَ الظَّهْرِ ونُزُولَ الماءِ ، وقد يَعْجِزُ السليمُ القادِرُ عن الوَطْءِ فى بعضِ الأحوالِ ، وليس كُلُّ مَن عَجَز عن الوَطْءِ فى حالٍ مِن الأحْوالِ ، أو وَقْتٍ مِن الأوْقاتِ ، يكونُ عِنِّينًا ، ولذلك جَعَلْنا مُدَّتَه سنةً ، وتَزْوِيجُه بامرأةٍ ثانيةٍ ، لا يَصِحُّ لذلك أيضا ، ولأنَّه قد يَعِنُّ عن امرأةٍ دونَ أُخْرَى ، ولأنَّ نِكاحَ الثانيةِ إن كان مُؤَقَّتًا أو غيرَ لازمٍ ، فهو نِكاحٌ باطِلٌ ، والوَطْءُ فيه حَرامٌ ، وإن كان صَحِيحًا لازِمًا ، ففيه إضْرارٌ بالثانيةِ ، ولا يَنْبَغِى أن يُقْبَلَ قولُها ؛ لأنَّها تُرِيدُ بذلك تخْلِيصَ نَفْسِها ، فهى مُتَّهَمَةٌ فيه ،

الإنصاف

تنبيه : اعْلَمْ أنَّ المَجْدَ ، ومَن تابَعَه ، خصَّ الرِّوايَةَ الثَّانيةَ بما إذا ادَّعَى الوَطْءَ بعدَ ما ثَبَتَتْ عُنَّتُه وأُجِّلَ ؛ لأنَّه انْضَمَّ إلى عدَمِ الوَطْءِ وُجودُ ما يقْتَضِى الفَسْخَ ، وجعَلُوا ، على هذه الرِّوايَةِ ، إذا ادَّعَى الوَطْءَ ابْتِداءً ، وأنْكَرَ العُنَّةَ ، أنَّ القَوْلَ قوْلُه مع يَمِينِه . وهى طريقَةُ صاحِبِ « الفُروعِ » . قال الزَّرْكَشِيُّ : وأطْلَقَ هذه الرِّوايَةَ جُمْهورُ الأصحابِ ، ولَفْظُها يشْهَدُ لهم ؛ فإنَّه قال : إذا ادَّعَتِ المَرْأةُ أنَّ زَوْجَها لا يصِلُ إليها ، اسْتُحْلِفَتْ . انتهى .

فائدة : لو ادَّعَتْ زَوْجَةُ مَجْنونٍ عُنَّتَه ، ضُرِبَتْ له مُدَّةٌ ، عندَ ابنِ عَقِيلٍ .

المقنع

فَصْلٌ : الْقِسْمُ الثَّانِى ، يَخْتَصُّ بِالنِّسَاءِ ، وَهُوَ شَيْئَانِ ؛ الرَّتْقُ ، وَهُوَ كَوْنُ الْفَرْجِ مَسْدُودًا لَا مَسْلَكَ لِلذَّكَرِ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْقَرْنُ وَالْعَفَلُ ، وَهُوَ لَحْمٌ يَحْدُثُ فِيهِ يَسُدُّهُ . وَقِيلَ : الْقَرْنُ عَظْمٌ ، وَالْعَفَلُ رغْوَةٌ تَمْنَعُ لَذَّةَ الْوَطْءِ . وَالثَّانِى ، الْفَتَقُ ، وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ السَّبِيلَيْنِ . وَقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ .

الشرح الكبير

وليستْ بأحَقَّ أن يُقْبَلَ قولُها مِن الأُولَى ، ولأنَّ الرجلَ لو أقَرَّ بالعَجْزِ عن الوَطْءِ فى يومٍ أو شهرٍ ، لم تَثْبُتْ عُنَّتُه بذلك ، [٦/١٤١ظ] وأكثرُ ما فى الذى ذَكَروه ، أن يَثْبُتَ عَجْزُه عن الوَطْءِ فى اليومِ الذى اخْتَبَرُوه فيه ، وإذا لم يَثْبُتْ حُكْمُ عُنَّتِه بإقْرارِه بعَجْزِه ، فلأن لا يَثْبُتَ بدَعْوَى غيرِه ذلك عليه أَوْلَى .

فصل : (القِسمُ الثَّانى ، يَخْتَصُّ النساءَ ، وهو شَيْئان ؛ الرَّتْقُ ، وهو كونُ الفَرْجِ مَسْدُودًا لا مَسْلَكَ للذَّكَرِ فيه ، وكذلك القَرْنُ والعَفَلُ ، وهو لَحْمٌ يَحْدُثُ فيه يَسُدُّه . وقيلَ : القَرْنُ عَظْمٌ ، والعَفلُ رغْوَةٌ)[1] فيه (تمنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . الثانى ، الفَتَقُ ، وهو انْخِراقُ ما بينَ السَّبِيلَيْن . وقِيلَ : انْخِرَاقُ ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِيِّ) .

الإنصاف

قلتُ : وهو الصَّوابُ . وعندَ القاضى ، لا تُضْرَبُ . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » . وهل تبْطُلُ بحُدوثِه ، فلا يفْسَخُ الوَلِىُّ ؟ فيه الوَجْهان . قالَه فى « الفُروعِ » .

قوله : القِسْمُ الثَّانى ، يختَصُّ النِّساءَ ، وهو شَيْئان ؛ الرَّتْقُ ؛ وهو كَوْنُ الفَرْجِ

---

(١) فى م : « تحدث فيه » .

المقنع ....

الشرح الكبير ....

الإنصاف

مَسْدُودًا [٣٤/٣و] مُلْتَصِقًا ، لا مَسْلَكَ للذَّكَرِ فيه . وكذلكِ القَرْنَ والعَفَلُ ؛ وهو لَحْمٌ يحْدُثُ فيه يسُدُّه . فجَعَل الرَّتْقَ السَّدَّ ، وجعَل القَرَنَ والعَفَلَ لَحْمًا يحْدُثُ فى الفَرْجِ ، فهما فى مَعْنَى الرَّتْقِ إلَّا أنَّهما نَوْعٌ آخَرُ . وهو قوْلُ القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وتَبِعَه أبو الخَطَّابِ ، وابنُ عَقِيلٍ ، وصاحِبُ « الخُلاصَةِ » . وقدَّمه فى « الرِّعايَتَيْن » . وجعَل القاضى فى « الخِلافِ » الثَّلاثَةَ لَحْمًا ينْبُتُ فى الفَرْجِ . ويحْتَمِلُه كلامُ المُصَنِّفِ هنا ، وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الرِّعايَةِ الصُّغْرى » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . وقال أبو حَفْصٍ : العَفَلُ ؛ رَغْوَةٌ تمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ . وهو بعضُ القَوْلِ الذى حَكاه المُصَنِّفُ . قال فى « الرِّعايَةِ » ، بعدَ هذا القَوْلِ : فإذَنْ لا فَسْخَ له فى وَجْهٍ . وقال الزَّرْكَشِىُّ : وإذَنْ فى ثُبوتِ الخِيارِ به وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » أيضًا . قلتُ : الصَّوابُ ثُبوتُه بذلك . وهو ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ وغيرِه . وقيل : القَرْنُ ؛ عَظْمٌ . وهو مِن تَتِمَّةِ القَوْلِ الذى ذكَرَه المُصَنِّفُ . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » . وقدَّمه فى « المُسْتَوْعِبِ » . قال صاحِبُ « المُطْلِعِ » ، والزَّرْكَشِىُّ : هو عَظْمٌ أو غُدَّةٌ تمْنَعُ مِن وُلوجِ الذَّكَرِ . وقالا : العَفَلُ ؛ شىءٌ يخْرُجُ مِن فَرْجِ المرْأةِ ، وحَيا النَّاقَةِ ، شَبِيهٌ بالأُدْرَةِ التى للرِّجالِ فى الخِصْيَةِ . وعلى كلا الأقْوالِ ، يثْبُتُ به الخِيارُ على الصَّحيحِ . وقال فى « الرِّعايَةِ الكُبْرى » : فإذَنْ لا فَسْخَ له فى وَجْهٍ . كما قال فى العَفَلِ .

قوله : والثَّانى ، الفَتْقُ ؛ وهو انْخِراقُ ما بين السَّبِيلَيْن . وقيل : انْخِراقُ ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِىِّ . وكذا قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الزَّرْكَشِىِّ » ، وغيرِهم . وقال فى « الخُلاصَةِ » :

المقنع

فَصْلٌ : الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، وَهُوَ الْجُذَامُ وَالْبَرَصُ وَالْجُنُونُ ، سَوَاءٌ كَانَ مُطْبِقًا أَوْ يَخْنُقُ فِى الْأَحْيَانِ . فَهٰذِهِ الْأَقْسَامُ يَثْبُتُ بِهَا خِيَارُ الْفَسْخِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً .

الشرح الكبير

فصل : قال الشيخُ ، رَحِمَه اللهُ : (القسمُ الثالثُ ، مُشْتَرَكٌ بَيْنَهما ، وهو الجُذامُ والبَرَصُ والجُنونُ ، سَواءٌ كان مُطْبِقًا ، أو يَـخْنُقُ فى الأحيانِ . فهذِه الأقسامُ يَثْبُتُ بها خِيارُ الفَسْخِ ، رِوايةً واحدةً) لِما

الإنصاف

هو انْخِراقُ ما بينَ القُبُلِ والدُّبُرِ ، أو ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِىِّ . وجزَم فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، أنَّ الفَتْقَ ؛ انْخِراقُ ما بينَ السَّبِيلَيْن . وقدَّم فى « الكافِى » ، أنَّ الفَتْقَ ؛ انْخِراقُ[1] ما بينَ مَخْرَجِ البَوْلِ والمَنِىِّ . وثُبوتُ الخِيارِ فى الفَتْقِ مِن مُفْرَداتِ المذهبِ . إذا عَلِمْت ذلك ، فانْخِراقُ ما بينَ السَّبِيلَيْن يُثْبِتُ للزَّوْجِ الخِيارَ ، بلا خِلافٍ أعْلَمُه . قال فى « الرَّوْضَةِ » : أو وُجِدَ اخْتِلاطُهما لعِلَّةٍ ؛ لأنَّ النَّفْسَ تَعافُه أكثَرَ . وأمَّا انْخِراقُ ما بينَ البَوْلِ والمَنِىِّ ، فالصَّحيحُ أيضًا مِنَ المذهبِ ، أنَّه يَثْبُتُ به للزَّوْجِ الخِيارُ . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » : يَثْبُتُ به الخِيارُ عندَ أصحابِنا . وجزَم به فى « المُذْهَبِ » ، و « مَسْبوكِ الذَّهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « البُلْغَةِ » ، و « المُنَوِّرِ » . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الكافِى » . وقيل : لا يَثْبُتُ به خِيارٌ . وهو ظاهِرُ كلامِه فى « الوَجيزِ » . وهو ظَاهِرُ ما قدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و «شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى» . وأطْلَقهما فى «المُحَرَّرِ»، و «الفُروعِ»، و «الزَّرْكَشِىِّ» .

قوله : القِسْمُ الثَّالثُ ، مُشْتَرَكٌ بينَهما ؛ وهو الجُذامُ ، والبَرَصُ ، والجُنُونُ ،

---

(١) فى الأصل : « انخراج » .

المقنع

فَصْلٌ : وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي الْبَخَرِ ، وَهُوَ نَتَنُ الْفَمِ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : [٢١٠و] نَتَنٌ فِي الْفَرْجِ يَثُورُ عِنْدَ الْوَطْءِ . وَاسْتِطْلَاقِ الْبَوْلِ وَالنَّجْوِ ، وَالْقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فِي الْفَرْجِ ، وَالْبَاسُورِ ، وَالنَّاسُورِ ، وَالْخِصَاءِ ، وَهُوَ قَطْعُ الْخُصْيَتَيْنِ ، وَالسَّلِّ ، وَهُوَ سَلُّ الْبَيْضَتَيْنِ ، وَالْوِجَاءِ ، وَهُوَ رَضُّهُمَا ، وَفِي كَوْنِهِ خُنْثَى ، وَفِيمَا إِذَا وَجَدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْبًا بِهِ مِثْلُهُ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ الْعَيْبُ بَعْدَ

الشرح الكبير

سَبَق ، وقد ذَكَرْنا دَلِيلَ ذلك والخِلافَ فيه .

فصل : (واخْتَلَفَ أصحابُنا فى البَخَرِ ، وهو نَتَنُ الفَمِ . وقال ابنُ حامدٍ : نَتَنٌ فى الفرجِ يَثُورُ عندَ الوَطْءِ . واسْتِطْلاقِ البَوْلِ والنَّجْوِ[1] ، والقُرُوحِ السَّيَّالَةِ فى الفَرْجِ ، والخِصاءِ ، وهو قَطْعُ الخُصْيَتَيْن ، والسَّلِّ ، وهو سَلُّ البَيْضَتَيْن . والوِجاءِ ، وهو رَضُّهُما . وفيما إذا وَجَد أحَدُهما بصاحِبِه عيبًا به مثلُه ، أو حَدَث به العَيْبُ بعدَ العقدِ ، وفى كَوْنِه خُنْثَى ،

الإنصاف

سواءٌ كان مُطْبِقًا ، أو يَخْنُقُ فى الأحْيانِ . وقال فى « الواضِحِ » : جُنونٌ غالِبٌ . وقال فى « المُغْنِى »[2] : أو إغْماءٌ ، لا إغْماءَ مريضٍ لم يَدُمْ . قال الزَّرْكَشِىُّ : فإنْ زالَ العَقْلُ بمَرَضٍ ، فهو إغْماءٌ لا يُثْبِتُ خِيارًا ، فإنْ دامَ بعدَ المَرَضِ ، فهو جُنونٌ .

قوله : واخْتَلَفَ أصحابُنا فى البَخَرِ ، واسْتِطْلاقِ البَوْلِ ، والنَّجْوِ ، والقُرُوحِ

---

(١) النجو : ما يخرج من البطن من ريح وغائط .

(٢) انظر : المغنى ١٠/٥٨ .

المقنع الْعَقْدِ ، هَلْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

الشرح الكبير هل يَثْبُتُ الخِيارُ ؟ على وَجْهَيْنِ) أحَدُهما ، لا يَثْبُتُ الخِيارُ ، وهو المَفْهُومُ مِن كلامِ الخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه[1] ذَكَر العُيوبَ التى تُثْبِتُ الخِيارَ فى فَسْخِ النِّكاحِ ، ولم يَذْكُرْ شيْئًا مِن هذه ؛ لأنَّ ذلك لا يَمْنَعُ مِن الاسْتِمْتاعِ ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه ، فلم يَثْبُتْ به الخِيارُ ، كالعَمَى والعَرَجِ ، ولأنَّ ذلك إنَّما يَثْبُتُ بنَصٍّ أو إجْماعٍ أو قِياسٍ ، ولا نَصَّ فيها ولا إجْماعَ ، ولا يَصِحُّ قِياسُها على العُيوبِ المُثْبِتَةِ للخيارِ ؛ لِما بينَهما مِن الفَرْقِ ، فإنَّ الوَطْءَ مع هذه العيوبِ مُمْكِنٌ ، بل قد قِيلَ : إنَّ الخَصِيَّ أقْدَرُ على الجِماعِ ؛

الإنصاف السَّيَّالَةِ فى الفَرْجِ ، والباسُورِ ، والنَّاسُورِ ، والخِصاءِ ؛ وهو قَطْعُ الخُصْيَتَيْنِ ، والسَّلِّ ، وهو سَلُّ البَيْضَتَيْن ، والوِجاءُ ؛ وهو رَضُّهما ، وفى كَوْنِه خُنْثَى ، وفيما إذا وجَد أحَدُهما بصاحِبه عَيْبًا به مِثْلُه ، أو حدَث بهِ العَيْبُ بعدَ العَقْدِ ، هل يثْبُتُ الخِيارُ ؟ على وَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى « المُحَرَّرِ » ، و « شَرْحِ ابنِ مُنَجَّى » ، و «الفُروعِ»، و « تَجْريدِ العِنايَةِ »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »، و « الزَّرْكَشِيِّ » . وأطْلَقهما فى « الرِّعايتَيْن » ، فيما سِوَى الخَصْىِ والسَّلِّ والوَجْءِ . وأطْلَقهما فى « البُلْغَةِ » فى الجميعِ ، إلَّا فيما إذا حدَث به عَيْبٌ بعدَ العَقْدِ . وأطْلَقَ فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » الخِلافَ فيما إذا وجَد أحدُهما بصاحِبه عَيْبًا به مِثْلُه . [2]وأَطْلَقَ فى « المُذْهَبِ » الخِلافَ فى الخَصْىِ ، والسَّلِّ ، والوَجْءِ ، وإذا وجَد أحَدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مِثْلُه[2] ؛ أحدُهما ، يثْبُتُ الخِيارُ فى ذلك كلِّه . جزَم به فى « الوَجيزِ » . وصحَّحه فى « التَّصْحيحِ » ، واخْتارَه ابنُ

(١) فى م : « ثم » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

لأنَّه لا يَفْتُرُ[1] بإنْزَالِ الماءِ . والخُنْثَى فيه خِلْقَةٌ زائِدَةٌ لا تَمْنَعُه الجِماعَ ، أَشْبَهَ اليَدَ الزائدةَ ، وإذا وَجَد أحدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مثلُه ، فلا خِيارَ ؛ لأَنَّهما مُتساويان ، فلا مَزِيَّةَ لأحدِهما على صاحبِه . والوجْهُ الثانى ، له الخيارُ . وقال أبو بكرٍ ، وأبو حفصٍ : إذا كان أحَدُهما لا يَسْتَمْسِكُ بَوْلَه ولا خَلاه ، فللآخَرِ الخِيارُ . ويَتَخَرَّجُ على ذلك مَن به الباسُورُ ، [2]والنَّاصُورُ[2] ، والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ فى الفَرْجِ . ذَكَرَه أبو الخَطَّابِ ؛ لأَنَّها تُثِيرُ نَفْرَةً[3] ، وتَتَعَدَّى نَجاسَتُها ، وتُسَمَّى مَن لا تَحْبِسُ نَجْوَها الشَّرِيمَ[4] ، ومَن لا تَحْبِسُ بَوْلَها المَاشُولَةَ[5] ، ومثلُها مِن الرِّجالِ الأَمْثَنُ[6] . وقال أبو حَفْصٍ : والخِصَاءُ عَيْبٌ يُرَدُّ به . وهو أحَدُ قَوْلَىِ

الإنصاف

القَيِّمِ . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » فيما إذا حدَث العَيْبُ بعدَ العَقْدِ . واخْتارَه ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » فى غيرِ ما إذا وجَد أحَدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مِثْلُه ، أو حدَث العَيْبُ بعدَ العَقْدِ . واخْتارَه أبو البَقاءِ فى الجميعِ وزادَ ، وكلُّ عَيْبٍ يُرَدُّ به المَبيعُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : وهو غَرِيبٌ . وقال أبو بَكْرٍ ، وأبو حَفْصٍ : يَثْبُتُ الخِيارُ فيما إذا كان أحدُهما لا يَسْتَمْسِكُ بوْلُه ولا نَجْوُه. قال أبو الخَطَّابِ : فيُخَرَّجُ على ذلك مَن به باسُورٌ ، وناسُورٌ ، وقُروحٌ سيَّالَةٌ فى الفَرْجِ . قال أبو حَفْصٍ : والخِصاءُ عَيْبٌ يُرَدُّبه . وقال أيضًا أبو بَكْرٍ ، وابنُ حامِدٍ: يَثْبُتُ الخِيارُ بالبَخَرِ . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ »:

---

(1) فى م : « يعتبر » .
(2 - 2) سقط من : م .
(3) فى م : « نقرة » .
(4) فى الأصل : « السديم » ، غير منقوطة ، والمثبت كما فى المطبوعة والمغنى ، ولم نهتد إليها .
(5) فى الأصل : « المأسوكة » . وفى المغنى 10/59 : « المشولة » .
(6) فى م : « الأفين » . وانظر المخصص 2/35 .

الشرح الكبير

الشافعيِّ ؛ لأنَّ فيه نَقْصًا وعارًا ، ويَمْنَعُ الوَطْءَ أو يُضْعِفُه . وقد روَى أبو عُبَيْدٍ بإسنادِه عن سليمانَ بن يَسارٍ ، أنَّ (1)ابنَ سَنْدَرٍ(1) تزوَّجَ امرأةً وهو خَصِىٌّ ، فقال له [٦/١٤٢و] عمرُ : أعْلَمْتَها ؟ قال : لا . قال : أعْلِمْها ، ثم خيِّرْها(2) . وفى البَخَرِ وكَوْنِ أحَدِ الزَّوْجَيْن خُنْثَى غيرَ مُشْكِلٍ وَجْهان ؛ أحدُهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ ؛ لأنَّ فيه نَفْرَةً ونَقْصًا وعارًا . والبَخَرُ : نَتَنُ الفَمِ (3) . وقال ابنُ حامدٍ : نَتَنٌ فى الفَرْجِ يَثُورُ عندَ الوَطْءِ . وهذا إن أرادَ به أنَّه يُسَمَّى بَخَرًا و(4) يُثْبِتُ الخِيارَ ، وإلَّا فلا مَعْنَى له ، فإنَّ نَتَنَ الفَمِ يُسَمَّى بَخَرًا ، ويَمْنَعُ مُقارَبَةَ(5) صاحِبِه إلَّا على كُرْهٍ . وما عَدَا هذه مِن العيوبِ لا يُثْبِتُ الخِيارَ ، وَجْهًا واحدًا ؛ كالقَرَعِ ، والعَمَى ،

الإنصاف

إذا وُجِدَ أحدُ الزَّوْجَيْن خُنْثَى ، فله الخِيارُ فى أظْهَرِ الوَجْهَيْن . واخْتارَ القاضى فى « تَعْليقِه الجديدِ » ، قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، و « المُجَرَّدِ » ، قالَه النَّاظِمُ ، والشَّرِيفُ ، وأبو الخَطَّابِ فى « خِلافَيْهما » ، والشِّيرازِىُّ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، ثُبوتَ الخِيارِ فيما إذا حدَث العَيْبُ بعدَ العَقْدِ . وهو ظاهِرُ كلامِ [٣/٣٤ظ] الخِرَقِىِّ فيه . وقدَّم فى « الرِّعايتَيْن » ، ثُبوتَ الخِيارِ بالخَصْىِ والسَّلِّ والوَجْءِ . وصحَّح فى « المُذْهَبِ » ثُبوتَ الخِيارِ فى البَخَرِ ، واسْتِطْلاقِ البَوْلِ ، والنَّجْوِ ، والنَّاسُورِ ، والباسُورِ ، والقُروحِ السَّيَّالَةِ فى الفَرْجِ ، والخُنْثَى المُشْكِلِ ، وحدُوثِ هذه

(1 - 1) فى م : « ابن سند » .

(2) وأخرجه بنحوه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٤/٤٠٦ . ولم يذكر اسمه .

(3) سقط من : م .

(4) فى الأصل : « أو » .

(5) فى م : « مقارنة » .

الشرح الكبير

والعَرَجِ ، وقَطْعِ اليَدَيْنِ والرِّجْلَيْن ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاسْتِمْتاعَ ، ولا يُخْشَى تَعَدِّيه . ولا نَعْلَمُ فى هذا بينَ أهْلِ العلمِ خلافًا ، إلَّا أنَّ الحسنَ قال : إذا وَجَدَ أحَدُهما[1] الآخرَ عَقِيمًا يُخَيَّرُ . وأحَبَّ أحمدُ أن يُبَيِّنَ أمْرَه ، وقال : عَسَى امرأتُه تُرِيدُ الوَلَدَ . وهذا فى ابْتِدَاءِ النِّكاحِ ، فأمَّا الفَسْخُ فلا يَثْبُتُ به ، ولو ثَبَتَ لذلك لثَبَتَ فى الآيِسَةِ ، ولأنَّ ذلك[2] لا يُعْلَمُ ، فإنَّ رجالًا لا[3] يُولَدُ لأحَدِهم وهو شابٌّ ، ثم يُولَدُ له وهو شَيْخٌ ، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك

الإنصاف

العُيوبِ بعدَ العَقْدِ . والوجهُ الثَّانى ، لا يَثْبُتُ الخِيارُ بذلك كلِّه . وهو مفْهومُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لأنَّه ذكَرَ العُيوبَ التى يَثْبُتُ بها الخِيارُ فى فَسْخِ النِّكاحِ ، ولم يذْكُرْ شيئًا مِن هذه . وقدَّم ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » غيرَ ما تقدَّم إطْلاقَه . وإليه مَيْلُ المُصَنِّفِ ، والشَّارِحِ ، فى غيرِ حُدوثِ العَيْبِ بعدَ العَقْدِ . وظاهِرُ كلامِ أبى حَفْصٍ ، أنَّه لا يَثْبُتُ الخِيارُ بالبَخَرِ مع كوْنِه عَيْبًا . وذكَر القاضى فى « المُجَرَّدِ » : لو حدَث به عَيْبٌ بعدَ العَقْدِ ، لا يمْلِكُ به الفَسْخَ . قالَه الزَّرْكَشِىُّ ، وهو مُناقِضٌ لما تقدَّم عنه فيه ، واخْتارَه أيضًا فى « التَّعْليقِ القديمِ » . واخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » ، وابنُ حامِدٍ ، وابنُ البَنَّا . وصحَّحَه فى « البُلْغَةِ » . وقدَّمه فى « النَّظْمِ » .

تنبيهات ؛ أحدُها ، قولُه فى البَخَرِ : وهو نَتْنُ الفَمِ . هو الصَّحيحُ . قال ابنُ مُنَجَّى : هذا المذهبُ ، واخْتارَه أبو بَكْرٍ ، وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « البُلْغَةِ » ،

(1) زيادة من : م .
(2) فى م : « ضده » .
(3) سقط من : الأصل .

الشرح الكبير

منهما . وأمَّا سائِرُ العُيُوبِ فلا يَثْبُتُ بها فَسْخٌ عندَهم . واللهُ أعلمُ . وأمّا إذا وَجَد أحَدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مثلُه ، ففيه وَجْهٌ أنَّه يَثْبُتُ الخِيارُ ، لوُجودِ

الإنصاف

و « الشَّرْحِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » . وقال ابنُ حامِدٍ : نَتْنٌ فى الفَرْجِ يثُورُ عندَ الوَطْءِ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : إنْ أرادَ أنَّه يُسَمَّى بَخرًا ويثْبُتُ به الخِيارُ ، وإلَّا فلا مَعْنَى له ؛ لأنَّ نَتْنَ الفَمِ يمْنَعُ مقارَبَةَ صاحِبِه إلَّا على كُرْهٍ . وقال فى « الفُروعِ » : البَخرُ يشْمَلُهما . وقال فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم : فى كلٍّ منهما وَجْهان فى ثُبوتِ الخِيارِ به . وجزَم ابنُ عَبْدُوسٍ فى « تَذْكِرَتِه » بثُبوتِ الخِيارِ بهما . وقال فى « المُسْتَوْعِبِ » ، بعدَ أنْ ذكَر الخِلافَ بينَ أبِى بَكْرٍ ، وابنِ حامِدٍ : وعلى قَوْلِ أبِى بَكْرٍ ، وابنِ حامِدٍ ، يثْبُتُ الخِيارُ . وظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ، وأبِى حَفْصٍ أنَّه عَيْبٌ لا يثْبُتُ به خِيارٌ .

الثَّانى ، ظاهِرُ قَوْلِه : وفى كَوْنِه خُنْثَى . أنَّه سواءٌ كان مُشْكِلًا ، وقُلْنا : يجوزُ نِكاحُه . أو غيرَ مُشْكِلٍ . وهو ظاهِرُ ما قدَّمه فى « الفُروعِ » ، وقال : قالَه جماعَةٌ . وجزَم به فى « المُسْتَوْعِبِ » ، و « تَذْكِرَةِ ابنِ عَبْدُوسٍ » . وقال فى « الفُروعِ » : وخصَّه فى « المُغْنِى » بالمُشْكِلِ ، وفى « الرِّعايَةِ » عكْسُه . قلتُ : ظاهِرُ كلامِه فى « المُغْنِى » يُخالِفُ ما قال ؛ فإنَّه قال : وفى البَخَرِ ، وكَوْنِ أحدِ الزَّوْجَيْن خُنْثَى ، وَجْهان . وأطْلَقَ الخُنْثَى . وقال فى « الرِّعايَتَيْن » : وبكَوْنِ أحَدِهما خُنْثَى غيرَ مُشْكِلٍ أو مُشْكِلًا ، وصحَّ نِكاحُه فى وَجْهٍ . انتهى . (١)فما نَقَلَه المُصَنِّفُ عنهما مُخالِفٌ لما هو مَوْجودٌ فى « كِتابَيْهما » . واللهُ أعلمُ . وقال فى « المُحَرَّرِ » ، و « الوَجيزِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : وكَوْنُ أحَدِهما خُنْثَى غيرَ(١)

(١ – ١) سقط من : الأصل .

....

سَبَبِه ، كما لو غُرَّ عَبْدٌ بأمَةٍ ، ولأنَّ الإنسانَ قد يأْنَفُ مِن عَيْبِ غيرِه ، ولا

(١) مُشْكِلٍ . فخَصُّوا الخُنْثَى بكَوْنِه غيرَ مُشْكِلٍ ، وخصَّه فى « المُذْهَبِ » بكَوْنِه مُشْكِلًا(١) .

الثَّالثُ ، كثيرٌ مِنَ الأصحابِ حَكَوُا الخِلافَ فى ذلك كلِّه وَجْهَيْن . وحكَى ابنُ عَقِيلٍ فى البَخَرِ رِوايتَيْن . وحكَى فى « التَّرْغيبِ » ، و « البُلْغَةِ » ، فيما إذا وجَد أحدُهما بصاحِبِه عَيْبًا به مِثْلُه ، رِوايتَيْن .

الرَّابعُ ، ظاهِرُ كلامِ المُصَنِّفِ ، أنَّ ما عَدا ما ذكَرَه لا يثْبُتُ به خِيارٌ . وكذا قال الشَّارِحُ ، والزَّرْكَشِىُّ . وأطْلَقَ فى « الفُروعِ » ، فى ثُبوتِ الخِيارِ بالاسْتِحاضَةِ ، والقَرَعِ فى الرَّأْسِ ، إذا كان له رِيحٌ مُنْكَرَةٌ ، الوَجْهَيْن . وأطْلَقهما فى الاسْتِحاضَةِ فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » . قال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : يثْبُتُ بالاسْتِحاضَةِ الفَسْخُ ، فى أظْهَرِ الوَجْهَيْن . قلتُ : الصَّوابُ ثُبوتُ الخِيارِ بذلك . وأَلْحَقَ ابنُ رَجَبٍ بالقَرَعِ رَوائِحَ الإِبطِ المُنْكَرَةِ التى تثُورُ عندَ الجِماعِ . وأجْرَى فى « المُوجَزِ » الخِلافَ فى بَوْلِ الكبيرِ فى الفِراشِ . واخْتارَ ابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ثُبوتَ الخِيارِ بنِضْوِ الخَلْقِ كالرَّتْقِ . واخْتارَ ابنُ حَمْدانَ ثُبوتَ الخِيارِ فيما إذا كان الذَّكَرُ كبيرًا والفَرْجُ صغِيرًا . وعن أبى البَقاءِ العُكْبَرِىِّ ، ثُبوتُ الخِيارِ بكُلِّ عَيْبٍ يُرَدُّ به المَبِيعُ ، كما تقدَّم قريبًا . وقال أبو البَقاءِ أيضًا : لو ذهَب ذاهِبٌ إلى أنَّ الشَّيْخُوخَةَ فى أحَدِهما يُفْسَخُ به ، لم يَبْعُدْ . وقال ابنُ القَيِّمِ ، رَحِمَهُ اللهُ ، فى « الهَدْىِ » ، فى مَن به عَيْبٌ ؛ كقَطْعِ يَدٍ أو رِجْلٍ ، أو عَمًى ، أو خَرَسٍ ، أو طَرَشٍ : وكلُّ عَيْبٍ يَنفِرُ(٢) الزَّوْجُ الآخَرُ منه ، ولا يحْصُلُ به مقْصودُ النِّكاحِ مِن

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) فى النسخ : « يفر » . وانظر زاد المعاد ، لابن القيم ١٨٣/٥ .

يَأْنَفُ مِن عَيْبِ نَفْسِه .

فصل : وأمَّا إذا وَجَد أحَدُهما بصاحِبِه عيبًا ، (١وبه١) عَيْبٌ مِن غَيْرِ جِنْسِه ، كالأبْرَصِ يَجِدُ المرأةَ مَجْنُونَةً أو مَجْذُومَةً ، فلكلٍّ وَاحِدٍ منهما الخِيارُ ؛ لوُجُودِ سَبَبِه ، إلَّا أن يَجِدَ المَجْبُوبُ(٢) المرأةَ رَتْقاءَ ، فلا يَنْبَغِى أن يَثْبُتَ لهما(٣) خِيارٌ ؛ لأنَّ عَيْبَه ليس هو المانِعَ لصاحِبِه مِن الاسْتِمْتاعِ ، وإنَّما امْتَنَعَ لعيبِ نَفْسِه .

المَوَدَّةِ والرَّحْمَةِ ، يُوجِبُ الخِيارَ ، وإنَّه أوْلَى مِنَ البَيْعِ ، وإنَّما يَنْصَرِفُ الإطْلاقُ إلى السَّلامَةِ ، فهو كالمَشْروطِ عُرْفًا(٤) . انتهى . قلتُ : وما هو ببعيدٍ ، وفى مَعْناه ، إنْ لم يكُنْ دخَل فى كلامِه مَن عُرِفَ بالسَّرِقَةِ . ونقَل ابنُ مَنْصُورٍ ، إذا كان عَقِيمًا ، أعْجَبُ إلىَّ أنْ يُبَيِّنَ لها . ونقَل حَنْبَلٌ ، إذا كان به جُنونٌ أو وِسْواسٌ ، أو تغَيُّرٌ فى عَقْلٍ ، وكان يعْبَثُ ويُؤْذِى ، رأَيْتُ أنْ أُفَرِّقَ بينَهما ، ولا يُقِيمُ على هذا .

الخامسُ ، مفْهومُ قولِه : وإذا وجَد أحدُهما بصاحِبه عَيْبًا به مِثْلُه . أنَّه إذا وجَد أحدُهما بصاحِبه عَيْبًا به مِن غيرِ جِنْسِه ، ثبَت به الخِيارُ . وهو صحيحٌ ، وهو المذهبُ . قال فى « البُلْغَةِ » ، و « الفُروعِ » : والأصحُّ ثُبوتُه إن تَغايرَتْ . ولم يَسْتَثْنِ شيئًا . ويُسْتَثْنَى مِن ذلك ، إذا وجَد المَجْبوبُ المرْأةَ رَتْقاءَ . قال المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ : فيَنْبَغِى أنْ لا يثْبُتَ لهما الخِيارُ . وقيل : حُكْمُه كالمُماثِلِ . وقدَّمه فى « الفُروعِ » .

(١ - ١) سقطت الواو من النسختين .

(٢) فى الأصل : « المجنون » .

(٣) فى م : « لها » .

(٤) فى ط : « غيره » .

المقنع

وَإِنْ عَلِمَ بِالْعَيْبِ وَقْتَ الْعَقْدِ ، أَوْ قَالَ : قَدْ رَضِيتُ بِهِ مَعِيبًا . أَوْ وُجِدَ مِنْهُ دَلَالَةٌ تَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ؛ مِنْ وَطْءٍ أَوْ تَمْكِينٍ مَعَ الْعِلْمِ

الشرح الكبير

فصل : وإن حَدَثَ[1] العَيْبُ بعدَ العَقْدِ ، ففيه وَجْهان ؛ أَحَدُهما ، يَثْبُتُ الخِيارُ . وهو ظاهِرُ قولِ الخِرَقِيِّ ؛ لأَنَّه قال : فإن جُبَّ قبلَ الدُّخولِ ، فلها الخِيارُ فى وَقْتِها . لأنه عَيْبٌ فى النِّكاحِ يُثْبِتُ الخِيارَ مُقارِنًا ، فأَثْبَتَه طارِئًا[2] ، كالإِعْسارِ والرِّقِّ ، فإنه يُثْبِتُ الخِيارَ إذا قارَنَ ، مثلَ أن تَغُرَّ الأَمَةُ مِن عَبْدٍ ، ويُثْبِتُه إذا طَرَأَتِ الحُرِّيَّةُ ، إذا عَتَقَتِ الأَمَةُ تحتَ العَبْدِ ، ولأَنَّه عَقْدٌ على مَنْفَعَةٍ ، فحُدُوثُ العَيْبِ بها يُثْبِتُ الخِيارَ ، كالإِجارَةِ . والثانى ، لا يُثْبِتُ الخِيارَ . وهو قولُ أبى بكرٍ ، وابنِ حامدٍ ، ومذهبُ مالكٍ ؛ لأَنَّه عَيْبٌ حَدَث بالمَعْقُودِ عليه بعدَ لُزُومِ العَقْدِ ، أَشْبَهَ الحادثَ بالمَبِيعِ . والصَّحِيحُ الأَوَّلُ . وهذا يَنْتَقِضُ بالعَيْبِ الحادِثِ فى الإِجارَةِ . وقال أصحابُ الشافعىِّ : إن حَدَث بالزَّوْجِ أَثْبَتَ الخِيارَ ، وإن حَدَث بالمرأةِ ، فكذلك فى أحَدِ الوَجْهَيْن ، ولا يُثْبِتُه فى الآخرِ ؛ لأَنَّ الرجلَ يُمْكِنُه طَلاقُها ، بخِلافِ المرأةِ . ولَنا ، أَنَّهما تَساوَيا فيما إذا كان العَيْبُ سابقًا ، فتَساوَيا فيه لاحِقًا ، كالمُتَبايِعَيْن .

٣٢٠٤ – مسألة : (وإن عَلِم بالعَيْبِ [١٤٢/٦ظ] وَقْتَ العَقْدِ ، أو قال : قد رَضِيتُ به مَعِيبًا) بعدَ العَقْدِ (أو وُجِدَ منه دَلَالَةٌ على الرِّضَا ؛

الإنصاف

قوله : وإنْ عَلِمَ [٣٥/٣و] بالعَيْبِ وَقْتَ العَقْدِ ، أو قال : قد رَضِيتُ به مَعِيبًا .

---

(١) فى الأصل : « وجد » .

(٢) سقط من : م .

المقنع

بِالْعَيْبِ ، فَلَا خِيَارَ لَهُ .

الشرح الكبير

مِن وَطْءٍ أو تَمْكِينٍ مع العِلْمِ بالعَيْبِ ، فلا خِيارَ له) لا نَعْلَمُ فيه خلافًا ؛ لأَنَّه رَضِيَ به ، فأَشْبَهَ مُشْتَرِىَ المَعِيبِ . وإن ظَنَّ العَيْبَ يَسِيرًا فبانَ كثيرًا ، كمَن ظَنَّ البَرَصَ فى قليلٍ مِن جَسَدِها فبانَ فى كثيرٍ منه ، فلا خِيارَ له أيضًا ؛ لأَنَّه مِن جِنْسِ ما رَضِىَ به . وإن رَضِىَ بعيبٍ فبان به[1] غَيْرُه ، فله الخِيارُ ؛ لأَنَّه وَجَد به[2] عيبًا لم يَرْضَ به ولا بجنْسِه ، فيَثْبُتُ له الخِيارُ ، كالمَبِيعِ إذا رَضِىَ بعَيْبٍ فيه فوَجَدَ به غيرَه . وإن رَضِىَ بعيبٍ فزادَ بعدَ العَقْدِ ، كأَنْ كان قليلٌ مِن البَرَصِ فانْبَسَطَ فى جِلْدِها[3] ، فلا خِيارَ له ؛ لأَنَّ رِضاه به رِضًا بما يَحْدُثُ منه .

فصل : وخِيارُ العَيْبِ ثابتٌ على التَّراخِى ، لا يَسْقُطُ ، ما لم يُوجَدْ منه ما يَدُلُّ على الرِّضَا به ، مِن القولِ ، أو الاسْتِمْتاعِ به مِن الزَّوْجِ ، أو التَّمْكِينِ مِن المرأةِ . هذا ظاهرُ كلامِ الخِرَقِىِّ ؛ لقولِه : فإن عَلِمَتْ أنَّه

الإنصاف

أو وُجِدَ منه دِلالةٌ على الرِّضا ؛ مِن وَطْءٍ ، أو تمْكِينٍ ، مع العِلْمِ بالعَيْبِ ، فلا خِيارَ له . بلا خِلافٍ فى العِلْمِ بالعَيْبِ ، أو الرِّضا به ، وأمَّا التَّمْكِينُ ، فيَأْتِى .

فائدة : خِيارُ العُيوبِ على التَّراخِى . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ ، وعليه جماهيرُ الأصحابِ ؛ منهم القاضى ، وأبو الخَطَّابِ ، والمُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، والمَجْدُ ، وابنُ عَبْدُوسٍ ، وغيرُهم . قال فى « البُلْغَةِ » : هذا أظْهَرُ الوَجْهَيْن . قال النَّاظِمُ :

---

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : « بها » .

(٣) فى الأصل : « جلده » .

الشرح الكبير

عِنِّينٌ ، فسَكَتَتْ عن المُطالَبَةِ ، ثم طالَبَتْ بعدُ ، فلها ذلك . وذَكَر القاضى أنَّه على الفَوْرِ . وهو مذهبُ الشافعىِّ . فمتى أخَّرَ الفَسْخَ مع العِلْمِ والإِمكانِ ، بَطَل خِيارُه ؛ لأنَّه خِيارُ الردِّ بالعيبِ ، فكان على الفورِ ، كَرَدِّ المَبيعِ المَعِيبِ . ولنا ، أنَّه خِيارٌ لدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فكان على التَّراخِى ، كخِيارِ القِصاصِ ، وخِيارُ العَيْبِ فى المَبيعِ مَمْنُوعٌ ، ثم الفرقُ بينَهما أنَّ ضَرَرَه فى المَبيعِ غيرُ مُتَحَقِّقٍ ؛ لأنَّه قد يكونُ المقصودُ ماليَّتَه أو خِدْمَتَه ، ويَحْصُلُ ذلك مع عَيْبِه ، وهٰهُنا المقصودُ الاسْتِمْتاعُ ، وذلك يَفُوتُ بعَيْبِه[1] . وأمَّا خِيارُ الشُّفْعَةِ والمَجْلِسِ ، فهو لدَفْعِ ضَرَرٍ غيرِ مُتَحَقِّقٍ .

الإنصاف

هذا أقْوَى الوَجْهَيْن . وهو ظاهِرُ كلامِ الخِرَقِىِّ . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . وقدَّمه فى «الرِّعايتَيْن» ، و «الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل : هو على الفَوْرِ . وقالَه القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ ، وابنُ البَنَّا فى « الخِصالِ » . قال ابنُ عَقِيلٍ : ومَعْناه أنَّ المُطالَبَةَ بحَقِّ الفَسْخِ تكونُ على الفَوْرِ ، فمتى أخَّرَ ما لم تَجْرِ العادَةُ به ، بطَل ؛ لأنَّ الفَسْخَ على الفَوْرِ . فعلى المذهبِ ، لا يَبْطُلُ الخِيارُ إلَّا بما يدُلُّ على الرضا ؛ مِنَ الوَطْءِ ، والتَّمْكِينِ [2]مع العِلْمِ بالعَيْبِ[2] ، أو يأْتِى بصَريحِ الرِّضا . قالَه الزَّرْكَشِىُّ . وجزَم به المُصَنِّفُ هنا ، وغيرُه . وقال المَجْدُ : لا يَسْقُطُ خِيارُ العُنَّةِ إلَّا بالقَوْلِ ، فلا يَسْقُطُ بالتَّمْكِينِ مِنَ الاسْتِمْتاعِ ونحوِه . وجزَم به فى

---

(١) فى م : « بعنته » .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ ، ....

الشرح الكبير **٣٢٠٥** – مسألة : (ولا يَجُوزُ الفَسْخُ إلَّا بحُكْمِ حاكِمٍ) لأنَّه مُجْتَهَدٌ فيه ، فهو كفَسْخِ العُنَّةِ ، والفَسْخِ للإعْسارِ[1] بالنَّفَقةِ . ويُخالِفُ خِيارَ المُعْتَقَةِ ؛ لأنَّه مُتَّفَقٌ عليه .

الإنصاف « الوَجيزِ » ، و « الفُروعِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « النَّظْمِ » . وقال الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ : لم نجِدْ هذه التَّفْرِقَةَ لغيرِ الجَدِّ .

قوله : ولا يجوزُ الفَسْخُ إلَّا بحكْمِ حاكِمٍ . فيفْسَخُ بنَفْسِه ، أو يرُدُّه إلى مَن له الخِيارُ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . وجزَم به فى « الرِّعايَةِ » ، وغيرِها . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقال فى « المُوجَزِ » : يتَوَلَّاه الحاكِمُ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ : ليس هو الفاسِخَ ، وإنَّما يأْذَنُ ويحْكُمُ به ، فمتى أَذِنَ أو حكَم لأحَدٍ باسْتِحْقاقِ عَقْدٍ أو فَسْخٍ ، فعقَد أو فسَخ ، لم يحْتَجْ بعدَ ذلك إلى حُكْمٍ بصِحَّتِه ، بلا نِزاعٍ ، لكِنْ لو عقَد هو أو فسَخ ، فهو فِعْلُه ، فيه الخِلافُ . وإنْ عقَد المُسْتَحِقُّ أو فسَخ بلا حُكْمٍ ، فأمْرٌ مُخْتَلَفٌ فيه ، فيُحْكَمُ بصِحَّتِه . وخرَّج الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ ، جوازَ الفَسْخِ بلا حُكْمٍ فى الرِّضا بعاجِزٍ عنِ الوَطْءِ ، كعاجِزٍ عنِ النَّفَقةِ . قال فى « القاعِدَةِ الثَّالِثَةِ والسِّتِّين » : ورجَّح الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ أنَّ جميعَ الفُسوخِ لا تَتَوقَّفُ على حُكْمِ حاكِمٍ .

فائدة : لو فسَخ ، مع غَيْبَتِه ، ففى « الانْتِصارِ » ، الصِّحَّةُ وعدَمُها . وقال فى « التَّرْغِيبِ » : لا يُطَلِّقُ على عِنِّينٍ كمولٍ ، فى أصحِّ الرِّوايتَيْن .

(١) فى الأصل : « للاعتبار » .

المقنع

فَإِنْ فُسِخَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ ، وَإِنْ فُسِخَ بَعْدَهُ ، فَلَهَا الْمَهْرُ الْمُسَمَّى . وَقِيلَ عَنْهُ : مَهْرُ الْمِثْلِ .

الشرح الكبير

٣٢٠٦ – مسألة : (فإن فُسِخَ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ ، وإن فُسِخَ بعدَه ، فعليه المهرُ المُسَمَّى . وقِيلَ) : عليه (مَهْرُ المِثْلِ) أمَّا إذا فُسِخَ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ عليه ، سَواءٌ كان مِن الزَّوْجِ أو مِن المرأةِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّ الفَسْخَ إن كان منها[1] ، فالفُرْقَةُ مِن جِهَتِها ، فيَسقطُ مَهْرُها ، كما لو فَسَخَتْه بِرَضاعِ زَوْجَةٍ له أُخْرَى ، وإن كان منه ، فإنَّما فَسَخ لعَيْبٍ بها دَلَّسَتْه بالإخْفاءِ ، فصار الفَسْخُ كأنَّه منها . فإن قيل : فهَلَّا جَعَلْتُمْ فَسْخَها لعُنَّتِه كأنَّه منه ؛ لحُصُولِه بتَدْلِيسِه ؟ قُلْنا : العِوَضُ مِن الزَّوْجِ فى مُقابَلَةِ مَنافِعِها ، فإذا اخْتارَتْ فَسْخَ العَقْدِ مع سَلامةِ ما عُقِدَ عليه ، رَجَعَ العِوَضُ إلى العاقِدِ معها ، وليس مِن جِهَتِها عِوَضٌ فى مُقابَلَةِ مَنافِعِ الزَّوْجِ ، وإنَّما يَثْبُتُ لها الخِيارُ[2] لأجْلِ ضَرَرٍ يَلْحَقُها ، لا لتَعَذُّرِ ما اسْتَحَقَّتْ عليه فى مُقابَلَتِه عِوَضًا ، فافْتَرَقا .

الإنصاف

قوله : فإنْ فُسِخَ قبلَ الدُّخُولِ ، فلا مَهْرَ ، وإنْ فُسِخَ بعدَه ، فلها المَهْرُ المُسَمَّى . هذا الصَّحيحُ مِنَ المذهبِ . جزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . ونَصَره المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ . وقدَّمه فى « المُغْنِى »، و « المُحَرَّرِ »، و « الشَّرْحِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايَتَيْن » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، و « الفُروعِ » ، وغيرِهم . وقيل عنه : مَهْرُ المِثْلِ . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ،

(١) فى الأصل : « منهما » .
(٢) سقط من : م .

الشرح الكبير

فصل : وإن كان الفَسْخُ بعدَ الدُّخولِ ، فلها المَهْرُ ؛ لأنَّه يَجِبُ بالعَقْدِ ، ويَسْتَقِرُّ [٦/١٤٣و] بالدُّخولِ ، فلم يَسْقُطْ بحادثٍ بعدَه ، ولذلك لا يَسْقُطُ برِدَّتِها ولا بفَسْخٍ مِن جِهَتِها . ويَجِبُ المَهْرُ المُسَمَّى . وذَكَر القاضى فى « المُجَرَّدِ » فيه رِوايَتَيْن ؛ إحداهما ، يَجِبُ المُسَمَّى . والأُخْرَى ، مَهْرُ المِثْلِ ، بِناءً على الرِّوايَتَيْن فى العَقْدِ الفاسدِ . وقال الشافعيُّ : الواجِبُ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنَّ الفَسْخَ اسْتَنَدَ إلى العَقْدِ ، (١فصار كالعَقْدِ١) الفَاسِدِ . ولَنا ، أنَّها فُرْقَةٌ بعدَ الدُّخولِ فى نِكاحٍ صحيحٍ فيه (٢مُسَمًّى صحيحٌ٢) ، فوَجَبَ المُسَمَّى ، كغيرِ المَعِيبَةِ ، وكالمُعْتَقَةِ تحت

الإنصاف

و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » . وبنَى القاضى فى « المُجَرَّدِ » ، وابنُ عَقِيلٍ فى « الفُصولِ » ، هاتَيْنِ الرِّوايتَيْن على الرِّوايتَيْن فى النِّكاحِ الفاسِدِ ، هل الواجِبُ فيه المُسَمَّى ، أو مَهْرُ المِثْلِ ؟ على ما يأْتِى فى آخِرِ الصَّداقِ . وقيل : يجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فى فَسْخِ النِّكاحِ بشَرْطٍ أو عَيْبٍ قديمٍ ، لا بما إذا حدَث العَيْبُ بعدَ العَقْدِ . قلتُ : وهو قَوِىٌّ . وقَيَّد المَجْدُ الرِّوايَةَ بهذا . وقيل : فى فسْخِ الزَّوْجِ بعَيْبٍ قديمٍ ، أو بشَرْطٍ ، يُنْسَبُ قَدْرُ نَقْصِ مَهْرِ المِثْلِ ، لأجلِ ذلك إلى مَهْرِ المِثْلِ كامِلًا ، فيَسْقُطُ مِنَ المُسَمَّى بِنِسْبَتِه ، فَسَخ أو أمْضَى . وقاسَه القاضى فى « الخِلافِ » على المَبيعِ المَعِيبِ . وحَكاه ابنُ شَاقْلَا فى بعضِ تَعالِيقِه عن أبى بَكْرٍ . واخْتارَه ابنُ عَقِيلٍ ، ويحْتَمِلُه كلامُ الشِّيرازِىِّ ، ورجَّحه الشَّيْخُ تقِىُّ الدِّين . قلتُ : وفيه قُوَّةٌ . وقال الشَّيْخُ تَقِىُّ الدِّينِ ، رَحِمَه اللهُ أيضًا : وكذلك إنْ ظَهَر الزَّوْجُ مَعِيبًا ، فللزَّوْجَةِ الرُّجوعُ عليه بنَقْصِ مَهْرِ المِثْلِ . وكذا فى فَواتِ

(١ - ١) سقط من : م .
(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

المقنع

وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّهُ ، مِنَ الْمَرْأَةِ وَالْوَلِيِّ . وَعَنْهُ ، لَا يَرْجِعُ .

الشرح الكبير

عَبْدٍ . والدليلُ على أنَّ النِّكاحَ صحيحٌ ، أنه وُجِدَ بشُرُوطِه وأركانِه ، فكان صحيحًا ، كما لو لم يَفْسَخْه ، ولأنَّه لو لم يَفْسَخْه لكان صحيحًا ، فكذلك إذا فَسَخَه ، كنِكاحِ الأمَةِ إذا عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ ، ولأنَّه تَتَرَتَّبُ عليه أحكامُ الصِّحَّةِ مِن ثُبُوتِ الإحْصانِ والإباحَةِ للزَّوْجِ الأوَّلِ ، وسائرُ أحْكامِ الصَّحيحِ ، ولأنَّه لو كان فاسدًا لَمَا جاز إبْقاؤُه وتَعَيَّنَ فَسْخُه . وما ذَكَرُوه لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ الفَسْخَ يَثْبُتُ حُكْمُه مِن حِينِه ، غيرَ سابقٍ عليه ، وما وَقَع على صِفَةٍ يَسْتَحِيلُ أن يكونَ واقِعًا على غيرِها . وكذلك لو فُسِخَ البَيْعُ بعَيْبٍ ، لم يَصِرِ العَقْدُ فاسدًا ، ولا يكونُ النَّماءُ لغيرِ المُشْتَرِى ، ولو كان المَبيعُ أمَةً فَوَطِئَها ، لم يَجِبْ به مَهْرُها ، فكذلك النِّكاحُ .

٣٢٠٧ – مسألة : (ويَرْجِعُ به على مَن غَرَّه ، مِن المرأةِ والوَلِيِّ . وعنه ، لا يَرْجِعُ) المذهبُ أنَّه يَرْجِعُ ، وهو الذى ذَكَرَه الخِرَقِيُّ . وقال أبو بكرٍ : فيه رِوايةٌ أُخرَى ، أنَّه لا يَرْجِعُ . قال شيخُنا[1] : والصحيحُ أنَّ المذهبَ رِوايةٌ واحدةٌ ، أنَّه يَرْجِعُ ؛ فإنَّ أحمدَ قال : كنتُ أذْهَبُ إلى قولِ

الإنصاف

شَرْطِها . قال ابنُ رَجَبٍ : وقد ذكَر الأصحابُ مِثْلَه فى الغَبْنِ فى البَيْعِ ، فى بابِ الشُّفْعَةِ .

فائدة : الخَلْوَةُ هنا ، كالخَلْوَةِ فى النِّكاحِ الذى لا خِيارَ فيه .

قوله : ويرْجِعُ به على مَن غرَّه ، مِنَ المرْأةِ والوَلِىِّ . هذا المذهبُ ، وعليه جماهيرُ

(١) فى : المغنى ١٠/٦٤ .

الشرح الكبير

علىٌّ فَهِبْتُه ، فمِلْتُ إلى قولِ عمرَ : إذا تزَوَّجَها ، فرأى جُذامًا أو بَرَصًا ، فإنَّ لها صَدَاقَها[1] بمَسِيسِه إيَّاها ، ووَلِيُّها ضامِنٌ للصَّداقِ[2] . وهذا يَدُلُّ على أنه رَجَع إلى هذا القولِ . وبه قال الزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ ، ومالكٌ ، والشافعىُّ فى القديمِ . ورُوِىَ عن علىٍّ ، أنَّه لا يَرْجِعُ[3] . وبه قال أبو حنيفةَ ، والشافعىُّ فى الجديدِ ؛ لأنَّه ضَمِنَ ما اسْتَوْفَى بَدَلَه ، وهو الوَطْءُ ، فلا يَرْجِعُ به على غيرِه ، كما لو كان المَبيعُ مَعِيبًا[4] فأكَلَه . ولَنا ، ما رَوَى مالكٌ ، عن يَحْيَى بنِ سعيدٍ ، عن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ ، قال : قال عمرُ ابنُ الخطابِ: أيُّما رجلٍ تزَوَّجَ امرأةً بها جُنُونٌ أو جُذامٌ أو بَرَصٌ ، فمَسَّها ، فلها صَداقُها ، وذلك لزَوْجِها غُرْمٌ على وَلِيِّها[5] . ولأنَّه غَرَّه فى النِّكاحِ

الإنصاف

الأصحابِ . قال فى « الخُلاصَةِ » ، و « الرِّعايتَيْن » ، و « الفُروعِ » : ويرْجِعُ على الغارِّ ، على الأصحِّ . قال المُصَنِّفُ فى « المُغْنِى »[6] : والصَّحيحُ أنَّ المذهبَ رِوايَةٌ واحدَةٌ . قال الشَّارِحُ : هذا المذهبُ . قال الزَّرْكَشِىُّ : هذا المَشْهورُ والمُخْتارُ مِنَ الرِّوايتَيْن . وجزَم به الخِرَقِىُّ ، وصاحِبُ « الوَجيزِ » ، و « المُنَوِّرِ » ، وغيرُهم . وقدَّمه فى « المُحَرَّرِ » ، و « النَّظْمِ » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وعنه ، لا يرْجِعُ . اخْتارَه أبو بَكْرٍ فى « الخِلافِ » ، وهو قولُ علىٍّ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وقد رُوِىَ عنِ الإمامِ أحمدَ ، رَحِمَه اللهُ ، أنَّه رجَع عن

---

(١) سقط من : الأصل .
(٢) انظر ما تقدم فى صفحة ٤٣٩ .
(٣) انظر ما تقدم فى صفحة ٤٣٩ .
(٤) فى م : « معينا » .
(٥) تقدم فى صفحة ٤٣٩ .
(٦) ١٠/٦٤ .

الشرح الكبير

بما يُثبِتُ الخِيارَ ، فكان المَهْرُ عليه ، كما لو غَرَّه بحُرِّيةِ أمَةٍ . إذا ثَبَت هذا ، فإن كان الوَلِىُّ عَلِم ، غَرِم ، وإن لم يكنْ عَلِم ، فالتَّغْرِيرُ مِن المرأةِ ، فيَرْجِعُ عليها بجميعِ الصَّداقِ ، وإنِ اخْتَلَفُوا فى عِلْمِ الوَلِىِّ ، فشَهِدَتْ عليه بَيِّنَةٌ بالإقْرارِ بالعلمِ ، وإلَّا فالقولُ قولُه مع يَمِينِه . وقال الزُّهْرِىُّ ، وقَتادَةُ : إن عَلِم الوَلِىُّ غَرِمَ ، وإلَّا اسْتُحْلِفَ باللهِ ، أنَّه ما عَلِمَ ، ثم هو على الزَّوْجِ . وقال القاضى : إن كان أبًا أو جَدًّا ، أو ممَّن يَجُوزُ له أن يَراها ، فالتَّغْرِيرُ

الإنصاف

هذه الرِّوايَةِ . قال فى روايةِ ابنِ الحَكَمِ : كنتُ أذْهَبُ إلى قَوْلِ علىٍّ بنِ أبى طالِبٍ ، رَضِىَ اللهُ عنه ، ثم هِبْتُه ، فمِلْتُ إلى قَوْلِ عمرَ ، رَضِىَ اللهُ عنه . وأطْلَقهما فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » .

فائدة : قولُه : ويرْجِعُ بذلك على مَن غرَّه مِنَ المرْأةِ والوَلِىِّ . وكذلك الوَكِيلُ . وهذا المذهبُ . فعلى هذا ، أيُّهم انْفَرَدَ بالتَّغْرِيرِ[1] ، ضَمِنَ . فلو أنْكَرَ الوَلِىُّ عدَمَ عِلْمِه بذلك ، ولا بَيِّنَةَ ، قُبِلَ قوْلُه مع يَمِينِه . [٣٥/٣ظ] وهو المذهبُ . اخْتارَه المُصَنِّفُ ، والشَّارِحُ ، وابنُ رَزِينٍ ، وغيرُهم . قال فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » : فإنْ أنْكَرَ [2]الغارُّ عِلْمَه[2] به ، ومِثْلُه يجْهَلُه ، وحلَف ، بَرِئَ . واسْتُثْنِىَ مِن ذلك ، إذا كان العَيْبُ جُنونًا . وقيل : القوْلُ قولُ الزَّوْجِ إلَّا فى عُيوبِ الفَرْجِ . وقيل : إنْ كان الوَلِىُّ ممَّا يخْفَى عليه أمْرُها ، كأباعِدِ العَصَباتِ ، فالقَوْلُ قوْلُه ، وإلَّا فالقَوْلُ قوْلُ الزَّوْجِ . اخْتارَه القاضى ، وابنُ عَقِيلٍ ، إلَّا أنَّه فصَل بينَ عُيوبِ الفَرْجِ[3] وغيرِها ، فسَوَّى بينَ الأوْلِياءِ كلِّهم فى

(١) فى الأصل ، ط : « الغرور » .
(٢ - ٢) فى الأصل : « الغارم عليه »
(٣) فى الأصل : « الزوج » .

الشرح الكبير

مِن جهَتِه ، عَلِم أو لم يَعْلَمْ ، وإن كان ممَّن [١٤٣/٦ظ] لا يَجُوزُ له أن يَرَاها ، كابنِ العمِّ ، والمَوْلَى ، وعَلِمَ ، غَرِمَ ، وإن أنْكَرَ و لم تَقُمْ بَيِّنَةٌ بإقرارِه ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِه ، ويَرْجِعُ على المرأةِ بجميعِ الصَّداقِ . وهذا قولُ مالكٍ ، إلَّا أنَّه قال : إذا رَدَّتِ المرأةُ ما أخذَتْ ، تَرَك لها قَدْرَ ما تُسْتَحَلُّ به ، لئلَّا تَصِيرَ كالمَوْهُوبةِ . وللشافعيِّ قَوْلان ، كقولِ مالكٍ والقاضى . ولَنا ، على أنَّ الوَلِيَّ إذا لم يَعْلَمْ لا يَغْرَمُ ، أنَّ التَّغْرِيرَ مِن غيرِه ، فلم يَغْرَمْ ، كما لو كان ابنَ عَمٍّ . وعلى أنَّه يَرْجِعُ بكلِّ الصَّداقِ ، أنَّه مَغْرُورٌ منها ، فرجَع بكلِّ الصَّدَاقِ ، كما لو غرَّه الوَلِيُّ . وقولُهم : لا يَخْفَى على مَن يَرَاها . لا يَصِحُّ ؛ فإنَّ عُيُوبَ الفَرْجِ لا اطِّلاعَ له عليها ، ولا يَحِلُّ له رُؤْيَتُها ، وكذلك العُيوبُ تحتَ الثِّيابِ ، فصار فى هذا كمَن لا يَراها ، إلَّا فى الجُنُونِ ، فإنَّه لا يَكادُ يَخفَى على مَن يراها ، إلَّا أن يكونَ غائبًا . وأمَّا الرُّجوعُ بالمَهْرِ ، فإنَّه بسَبَبٍ آخَرَ ، فيكونُ بمَنْزِلَةِ ما لو وَهَبَتْه إيَّاه ، بخلافِ المَوْهُوبَةِ .

فصل : فإنْ طَلَّقَها قبلَ الدُّخولِ ، ثم عَلِمَ أنَّه كان بها عَيْبٌ ، فعليه نِصْفُ

الإنصاف

عُيوبِ الفَرْجِ ، بخِلافِ غيرِها . وأطْلَقَهُنَّ الزَّرْكَشِيُّ . وقال فى « الفُروعِ » : ويُقْبَلُ قوْلُ الوَلِيِّ فى عَدَمِ عِلْمِه بالعَيْبِ ؛ فإنْ كان ممَّنْ له رُؤْيَتُها ، فوَجْهان . وأمَّا الوَكِيلُ ، إذا أنْكَرَ العِلْمَ بذلك ، فيَنْبَغِى أنْ يكونَ القَوْلُ قوْلَه مع يَمِينِه ، بلا خِلافٍ . وأمَّا المَرْأَةُ ؛ فإنَّها تَضْمَنُ ، إذا غرَّته ، لكِنْ يُشْتَرَطُ لتَضْمِينِها أنْ تكونَ عاقِلَةً . قالَه ابنُ عَقِيلٍ . وشرَط مع ذلك أبو عَبْدِ اللهِ ابنُ تَيْمِيَّةَ بلُوغَها . فعلى هذا ، حُكْمُها ، إذا ادَّعَتْ عدَمَ العِلْمِ بعَيْبِ نَفْسِها واحْتَمِلَ ذلك ، حُكْمُ الوَلِيِّ على ما تقدَّم . قالَه الزَّرْكَشِيُّ .

الشرح الكبير

الصَّداقِ ، ولا يَرْجِعُ به ؛ لأنَّه رَضِىَ بالْتِزَامِه ، فلم يَرْجِعْ على أحدٍ ، وإن ماتتْ أو ماتَ قبلَ العِلْمِ بالعَيْبِ ، فلها الصَّداقُ كامِلًا ، ولا يَرْجِعُ به على أحدٍ ؛ لأنَّ سَبَبَ الرُّجوعِ الفَسْخُ ، ولم يُوجَدْ ، وهٰهُنا اسْتَقَرَّ الصَّداقُ بالمَوْتِ ، فَلا يَرْجِعُ به .

فصل : ولا سُكْنَى لها ولا نَفَقَةَ ؛ لأنَّ ذلك إنَّما يَجِبُ لمَن لزَوْجِها عليها الرَّجْعَةُ ، وهذه تَبِينُ بالفَسْخِ ، كما تَبِينُ بالثَّلاثِ ، وليس لزَوْجِها عليها رَجْعَةٌ ، فلم تَجِبْ لها نَفَقَةٌ ولا سُكْنَى ؛ لقولِ رسولِ اللهِ ﷺ لفاطمةَ بنتِ قَيْسٍ : « إنَّما[1] النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى للمَرْأَةِ إذَا كَانَ لِزَوْجِها عليها الرَّجْعَةُ » . رَواه النَّسائِىُّ[2] . وهذا إذا كانت حَائِلًا ، فإن كانت حامِلًا ، فلها النَّفَقَةُ ؛ لأنَّها بائِنٌ مِن نِكاحٍ صحيحٍ وهى حامِلٌ ، فكانت لها النَّفقةُ ،

الإنصاف

فائدتان ؛ إحْداهما ، لو وُجِدَ التَّغْرِيرُ[3] مِنَ المَرْأَةِ والوَلِىِّ ، فالضَّمانُ على الوَلِىِّ ، على قَوْلِ القاضى ، وابنِ عَقِيلٍ ، والمُصَنِّفِ ، وغيرِهم ؛ لأنَّه المُباشِرُ . وقال المُصَنِّفُ ، فيما إذا كان الغَرَرُ مِنَ المَرْأَةِ والوَكِيلِ : الضَّمانُ بينَهما نِصْفان . فيَكونُ فى كلٍّ مِنَ الوَلِىِّ والوَكِيلِ قَوْلانِ . وتقدَّم نَظِيرُها فى الغَرَرِ بالأَمَةِ على أنَّها حُرَّةٌ . الثَّانيةُ ، مِثْلُها فى الرُّجوعِ على الغارِّ ، لو زُوِّجَ امْرَأَةً فأدْخَلُوا عليه غيرَها ، ويَلْحَقُه الوَلَدُ ، ويُجَهِّزُ زَوْجَتَه بالمَهْرِ الأَوَّلِ . نصَّ على ذلك .

(١) سقط من : م .

(٢) فى : باب الرخصة فى ذلك ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١١٧/٦ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٧٣/٦ ، ٤١٧ .

(٣) فى الأصل ، ط : « الغرور » .

المقنع

فَصْلٌ : وَلَيْسَ لِوَلِىٍّ صَغِيرَةٍ ، أَوْ مَجْنُونَةٍ ، وَلَا سَيِّدِ أَمَةٍ ، تَزْوِيجُهَا مَعِيبًا ، وَلَا لِوَلِىٍّ كَبِيرَةٍ تَزْوِيجُهَا بِهِ بِغَيْرِ رِضَاهَا .

الشرح الكبير

كالمُطَلَّقةِ ثلاثًا والمُخْتَلعةِ . وفى السُّكْنَى روايتان . وقال القاضى : لا نَفَقَةَ لها وإن كانت حامِلًا ، فى أحدِ الوَجْهَيْن ؛ لأنَّها بائِنٌ مِن نِكاحٍ فاسدٍ . وكذلك قال أصحابُ الشافعيِّ فى أحدِ الوَجْهَيْن ، وفى الآخرِ : لها النَّفقةُ ؛ لأنَّ النَّفقةَ للحَمْلِ ، والحَمْلُ لاحِقٌ به . وبَنَوْه على (1) أنَّ النِّكاحَ فاسِدٌ (1) ، وقد بَيَّنَّا صِحَّته فيما مَضَى .

فصل : قال الشيخُ ، رَضِىَ اللهُ عنه : (وليس لوَلِىٍّ صَغيرةٍ ، ولا مَجْنُونَةٍ ، ولا سيدِ أمةٍ ، تَزْوِيجُها مَعيبًا) لأنَّه ناظِرٌ لهم بما فيه الحَظُّ ، ولا حَظَّ لهم فى هذا العقدِ . فإن زَوَّجَهُنَّ مع العِلْمِ بالعَيْبِ ، لم يَصِحَّ النِّكاحُ ، وكذلك الحُكْمُ فى الصغيرِ ؛ لأنَّه عَقَدَ لهم عَقْدًا لا يَجُوزُ عَقْدُه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو باع عَقَارَه لغيرِ غِبْطَةٍ ولا حاجةٍ . وإن لم يَعْلَمْ بالعَيْبِ ، صَحَّ ، كما لو اشْتَرَى لهم مَعِيبًا لا يَعْلَمُ عَيْبَه ، ويَجِبُ عليه الفَسْخُ إذا عَلِمَ ؛ لأنَّ عليه النَّظَرَ لهم فيما فيه الحظُّ ، (2) والحَظُّ (2) فى الفَسْخِ . [٦/١٤٤و] ويَحْتَمِلُ أن لا يَصِحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّه زَوَّجَهُم ممَّن لا يَمْلِكُ تَزْوِيجَهُم إيَّاه ، فلم يَصِحَّ ، كما لو زَوَّجَهُم مِمَّن يَحْرُمُ عليهم .

٣٢٠٨ – مسألة : (وليس له تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ بمَعِيبٍ بغيرِ رِضَاها)

الإنصاف

قوله : وليس لوَلِىٍّ صَغِيرَةٍ ، أو مَجْنُونَةٍ ، أو سَيِّدِ أَمَةٍ تَزْوِيجُها مَعِيبًا ، ولا لوَلِىٍّ

(١ – ١) فى م : « النكاح الفاسد » .

(٢ – ٢) سقط من : م .

المقنع

فَإِنِ اخْتَارَتِ الْكَبِيرَةُ [٢١٠ظ] نِكَاحَ مَجْبُوبٍ أَوْ عِنِّينٍ ، لَمْ يَمْلِكْ مَنْعَهَا ، ....

الشرح الكبير

بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه ؛ لأنَّها تَمْلِكُ الفَسْخَ إذا عَلِمتْ به بعدَ العَقْدِ ، فالامْتِناعُ أوْلَى .

٣٢٠٩ – مسألة : (فإنِ اخْتارَتِ الكَبِيرَةُ تَزْوِيجَ مَجْبُوبٍ أو عِنِّينٍ ، لم يَمْلِكْ مَنْعَها) لأنَّ الحقَّ لها ، فى أحَدِ الوَجْهَيْن . والوجهُ الثانى (له

الإنصاف

كَبيرَةٍ تَزْوِيجُها به بغيرِ رِضاها . بلا نِزاعٍ . مِن حيث الجُمْلَةُ ، لكِن لو خالَفَ وفعَل ، فثَلاثَةُ أوْجُهٍ ؛ أحدُها ، الصِّحَّةُ مع جَهْلِه[1] به . وهو المذهبُ . وقدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » ، و « شَرْحِ ابنِ رَزِينٍ » . وهو ظاهِرُ « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، وغيرِهم . والثَّانى ، لا يصِحُّ مُطْلَقًا . وهو احْتِمالٌ فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . وصحَّحه فى « النَّظْمِ » . والثَّالِثُ ، يصِحُّ مُطْلَقًا . فعلى المذهبِ ، هل له الفَسْخُ إذَنْ ، أو يَنْتَظِرُها ؟ فيه وَجْهان . وأطْلَقهما فى « الفُروعِ » ؛ أحدُهما ، له الفَسْخُ ، إذا عَلِمَ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » . والوَجْهُ الثَّانى ، يَنْتَظِرُها . وذكَرَ فى « الرِّعايَةِ » الخِلافَ ، إنْ أجْبَرَها بغيرِ كُفْءٍ . وصحَّحَه فى « الإيضاحِ » ، مع جَهْلِه ، وتُخَيَّرُ . وذكَر فى « التَّرْغِيبِ » ، فى تَزْويجِ مَجْنُونٍ أو مَجنونَةٍ بمِثْلِه ، وملَك الوَلِىُّ الفَسْخَ ، وَجْهَيْن .

قوله : فإنِ اخْتارَتِ الكَبِيرَةُ نِكاحَ مَجْبُوبٍ ، أو عِنِّينٍ ، لم يملِكْ مَنْعَها . هذا المذهبُ . اخْتارَه القاضى وغيرُه . وجزَم به فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ،

---

(١) فى الأصل : « جهلها » .

الشرح الكبير

مَنْعُها) قال أحمدُ : ما يُعْجِبُنِى أن يُزَوِّجَها بعِنِّينٍ ، وإن رَضِيَتِ الساعة تكْرَهُ إذا أُدْخِلَت عليه ؛ لأنَّ مِن شأْنِهِنَّ النِّكاحَ ، ويُعْجِبُهُنَّ مِن ذلك ما يُعْجِبُنا . وذلك لأنَّ الضَّرَرَ فى هذا دائمٌ ، والرِّضا غيرُ مَوْثوقٍ[1] بدَوامِه ، ولا تَتَمَكَّنُ مِن التَّخَلُّصِ إذا كانت عالِمَةً فى ابْتِداءِ العَقْدِ ، وربَّما أفْضَى إلى الشِّقاقِ والعَداوةِ ، فيَتَضَرَّرُ وَلِيُّها وأهْلُها ، فمَلَكَ الوَلِيُّ مَنْعَها ، كما لو أرادت نِكاحَ مَن ليس بكُفْءٍ . وقال القاضِى : له مَنْعُها مِن نِكاحِ المجْنونِ ، وليس له مَنْعُها مِن نِكاحِ المَجْبُوبِ والعِنِّينِ ؛ لأنَّ ضَرَرَهُما عليها خاصَّةً . وفى الأبْرَصِ والمَجْذُومِ[2] وَجْهان ؛ أحدُهما ، لا يملِكُ مَنْعَها ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، والضَّرَرَ عليها ، فأشْبَهَا[3] المجْبُوبَ والعِنِّينَ . والثانى ، له مَنْعُها ؛ لأنَّ عليه ضَرَرًا فيه ، فإنَّه يُعَيَّرُ[4] به ، ويُخْشَى تَعَدِّيه إلى الوَلَدِ ، فأشْبَهَ التَّزْوِيجَ بغيرِ كُفْءٍ . وهذا مذهبُ الشافعىِّ . والأَوْلَى أنَّ له مَنْعَها ؛ لأنَّ عليها فيه ضَرَرًا دائمًا ، وعارًا عليها وعلى أهْلِها ، فمَلَكَ مَنْعَها منه ، كالتَّزْوِيجِ بغيرِ الكُفْءِ ، فأمَّا إنِ اتَّفَقَا على ذلك ، ورَضِيَا به ، جازَ ، وصَحَّ النِّكاحُ ؛ لأنَّ الحَقَّ لهما ، لا يَخْرُجُ عنهما . ويُكْرَهُ لهما ذلك ؛ لِما ذَكَرَه أبو عبدِ اللهِ ، مِن أنَّها وإن رَضِيَتِ الآنَ ، تكْرَهُ فيما بعدُ .

الإنصاف

و « المُسْتَوْعِبِ »، و « الخُلاصَةِ »، و « الرِّعايتَيْن »، و « الحاوِى الصَّغِيرِ »،

---

(١) فى الأصل : « موقوف » .

(٢) فى م : « المجنون » .

(٣) فى م : « أشبه » .

(٤) فى النسختين : « يتغير » . وانظر : المغنى ١٠/٦٧ .

المقنع

وَإِنِ اخْتَارَتْ نِكَاحَ مَجْنُونٍ ، أَوْ مَجْذُومٍ ، أَوْ أَبْرَصَ ، فَلَهُ مَنْعُهَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ، وَإِنْ عَلِمَتِ الْعَيْبَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، أَوْ حَدَثَ بِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ إِجْبَارَهَا عَلَى الْفَسْخِ .

الشرح الكبير

ويَحْتَمِلُ أن يَمْلِكَ سائرُ الأوْلياءِ الاعْتِراضَ عليها ومَنْعَها مِن هذا التَّزْوِيجِ ؛ لأنَّ العارَ يَلْحَقُ بهم ، ويَنالُهم الضَّرَرُ ، فأشْبَهَ ما لو زَوَّجها بغيرِ كُفْءٍ .

٣٢١٠ – مسألة : (فأمَّا إن عَلِمَتِ العَيْبَ بعدَ العَقْدِ ، أو حَدَثَ

الإنصاف

و « الوَجيزِ » ، وغيرِهم . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وقدَّمه فى « الفُروعِ » . وقيل : له منْعُها . قال المُصَنِّفُ : هذا أوْلَى .

قوله : فإنِ اخْتارَتْ نِكاحَ مَجْنُونٍ ، أو مَجْذُومٍ ، أو أبْرَصَ ، فله مَنْعُها ، فى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ . وهو المذهبُ . قال فى « الهِدايَةِ » ، و « المُذْهَبِ » ، و « المُسْتَوْعِبِ » ، و « الخُلاصَةِ » ، و « الفُروعِ » : فله مَنْعُها ، فى الأصحِّ . قال فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » : هذا أوْلَى الوَجْهَيْن . [1]وقدَّمه ابنُ رَزِينٍ فى « شَرْحِه » ، وقال : هذا أظْهَرُ[1] . وصحَّحَه فى « النَّظْمِ » . وجزَم به فى « الوَجيزِ » وغيرِه . وقدَّمه فى « الرِّعايتَيْن » ، و « الحاوِى الصَّغِيرِ » ، وغيرِهم . وقيل : لا يَمْلِكُ مَنْعَها .

فائدتان ؛ إحْداهما ، الذى يمْلِكُ منْعَها وَلِيُّها العاقِدُ للنِّكاحِ . على الصَّحيحِ مِنَ المذهبِ . قدَّمه فى « المُغْنِى » ، و « الشَّرْحِ » ، و « الفُروعِ » . وقيل : لبقِيَّةِ الأوْلياءِ المَنْعُ . كما قُلْنا فى الكَفاءَةِ . قلتُ : وهو أوْلَى .

الثَّانيةُ ، قولُه : وَإنْ عَلِمَتِ العَيْبَ بعدَ العَقْدِ ، أو حدَثَ به ، لم يمْلِكْ إجبارَها على الفَسْخِ . بلا نِزاعٍ ؛ لأنَّ حقَّ الوَلِىِّ فى ابْتدائِه ، لا فى دَوامِه . قاله الأصحابُ .

(١ – ١) سقط من : الأصل .

المقنع ....

الشرح الكبير به ، لم يَمْلِكْ إجْبارَها على الفَسْخِ) إذا رَضِيَتْ ؛ لأنَّ حقَّ الوَلِىِّ فى ابْتِداءِ العَقْدِ لا فى دَوَامِه ، ولهذا لو دَعَتْ وَلِيَّها إلى تَزْوِيجِها بِعَبْدٍ لم تَلْزَمْه إجابَتُها ، ولو (١) عَتَقَتْ تحتَ عَبْدٍ(١) لم يَمْلِكْ إجْبارَها على الفَسْخِ .

الإنصاف ....

(١ - ١) فى م : « أعتقت عبدًا » .

فهرس الجزء العشرين
من الشرح الكبير والإنصاف

الصفحة

كتاب النكاح

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب أركان النكاح وشروطه

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب المحرمات فى النكاح

الصفحة

الصفحة

الصفحة

٣١٤١ – مسألة : (و) يحرم الجمع (بين المرأة وعمتها أو

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

باب الشروط فى النكاح

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

آخر الجزء العشرين ،

ويليه الجزء الحادى والعشرون وأوله :

باب نكاح الكفار

وَٱلْحَمْدُ لِلّٰهِ حَقَّ حَمْدِهِ

رقم الإيداع ١٦٤٦/١٩٩٦ م
I.S.B.N : 977 – 256 – 128 – X